Die Rechtsstellung des vorläufigen Erben nach B. G. B.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der
Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen
vorgelegt von

Wilhelm Heinrichs
aus Wanne-Eickel.

Approbiert am 15. Mai 1929.

Emsdetten
Gedruckt bei Heinr. & J. Lechte
1929.

99:248

Referent: Professor Dr. Eugen Locher.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung:

§ 1. Die Entstehung und Endigung des Schwebezustandes . . 1

1. Abschnitt

Rechtsstellung bis zur Ausschlagung.

§ 2. Allgemeine Wirkungen des Erbfalles für den vorläufigen Erben 4

§ 3. Das Recht des vorläufigen Erben auf Verwaltung und Besitz am Nachlaß 9

§ 4. Das Prozeßführungsrecht des vorläufigen Erben 16

§ 5. Der Schutz des vorläufigen Erben gegen Klage und Zwangsvollstreckung seitens der Nachlaßgläubiger 21

§ 6. Der Einfluß der Bestellung eines Nachlaßpflegers auf die Rechtsstellung des vorläufigen Erben 30

2. Abschnitt

Die Wirkung der Ausschlagung.

§ 7. Im allgemeinen 32

§ 8. Auf die von dem vorläufigen Erben vor der Ausschlagung vorgenommenen erbschaftlichen Geschäfte (außer Verfügungen)

I. Auf das Innenverhältnis zwischen dem vorläufigen Erben und dem Nachberufenen 34

II. Auf das Verhältnis des vorläufigen Erben zu den Vertragsgegnern 41

§ 9. Auf die Prozeßführung des vorläufigen Erben 41

§ 10. Auf die Verfügungen des vorläufigen Erben über Nachlaßgegenstände 45

§ 11. Auf einseitige empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte, die gegenüber dem Erben als solchen vorzunehmen sind . 52

§ 12. Die Wirkung der Ausschlagung eines einzelnen von mehreren vorläufigen Miterben 55

Schluß:

§ 13. Zur rechtlichen Konstruktion des Provisoriums 57

Literaturverzeichnis.

Beyer, Reinhard, Die Surrogation bei Vermögen im Bürgerlichen Gesetzbuche, Marburg 1905.

Binder, Julius, Die Rechtsstellung des Erben. Leipzig 1901—1905.

Boehm, Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Hannover 1900.

Bühring, Leo, Der vorläufige Erwerb des Erben nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. (Rost. Diss.) Leipzig 1910.

Crome, Karl, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Tübingen 1912.

Das Bürgerliche Gesetzbuch, erläutert von Busch, Erler Lobe, Michaelis, Oegg, Sayn, Schliewen und Seyffarth, Reichgerichtsräten. Berlin und Leipzig 1928.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1896.

Dernburg, Heinrich, Deutsches Erbrecht. Halle 1905.

Endemann, Friedrich, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. III. Bd., Erbrecht, Berlin 1920.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II. Bd. 3. Abteilung. Marburg 1928.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ.)

Falkmann, R., Die Zwangsvollstreckung. Berlin 1914.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch nebst dem Einführungsgesetze. München 1909.

Friedmann, Walther, Die Annahme der Erbschaft. Berlin 1909.

Frommhold, Georg, Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs in: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche und seinen Nebengesetzen. Berlin 1900.

Gaupp-Stein-Jonas, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Tübingen 1926.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, II. Bd. Sachenrecht. Berlin 1912.

Goldschmidt, H., Die Nachlaßpflegschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs, eine Pflegschaft über ein selbständiges Sondervermögen, zugleich der Versuch einer Grundlegung für eine Lehre von den Quasipersonen. Berlin 1905.

Hachenburg, Max, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Vorträge. Mannheim 1900.

Hellwig, Konrad, Anspruch und Klagrecht. Leipzig 1910.

Derselbe, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts. Leipzig 1903.

Derselbe, System des deutschen Zivilprozessrechts. Leipzig 1912.

Derselbe, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Leipzig 1901.

Hörle, Die Nachlasspflegschaft nach §§ 1960, 1961 BGB. in: Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, Band 9, Leipzig 1909.

Jäger, Ernst, Kommentar zur Konkursordnung. Berlin 1914.

Josef, Eugen, Die Rechtsstellung des vorläufigen Erben im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in: Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess, Band 44, Seite 478—505. Berlin 1914.

Kohler, Josef, Die Aufrechnung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche in: Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess, Band 24, Berlin 1898.

Derselbe, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Berlin 1906.

Kreutzer, Willi, Die Rechtsstellung des vorläufigen Erben, (Erl. Diss.) 1924.

Kretzschmar, Ferdinand, das Erbrecht des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches. Leipzig 1913.

Leonhard, Franz, Das Erbrecht, in: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen. Berlin 1912.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Amtliche Ausgabe. Berlin 1888.

Oertmann, Paul, Bürgerliches Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse, in: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen. Berlin 1910.

Planck, Gottlieb, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz Berlin 1908.

Protokolle der Kommission für die II. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1899.

Quaatz, Die Beweislast im Falle des § 1958 BGB., in: Deutsche Juristenzeitung 1903, S. 219 ff.

Reichel, Hans, Aktiv- und Passivprozesse des vorläufigen Erben in: Festgabe für Thon. Jena 1911.

Reiff, Erich, Die Rechtsstellung des einstweiligen Erben nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. (Greifswalder Diss.) 1912.

Richter, A. J., Rechtliche Stellung des Erben vor Annahme der Erbschaft (Leipz. Diss.) 1903.

Seuffert, Lothar, Kommentar zur Zivilprozeßordnnng. München 1910.

Siber, Heinrich, Das Verwaltungsrecht an fremdem Vermögen im Deutschen BGB., in: Jherings Jahrbücher, Band 67. Jena 1917.

Skonietzki-Gelpke, Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz für das Deutsche Reich. Berlin 1905—1910.

Stobbe, Otto, Handbuch des deutschen Privatrechts. Berlin 1885.

Strohal, Emil, Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1903—1904.

Volmer, Friedrich, Die Prozesse der vorberufen Erben. (Marb. Diss.) 1912.

Einleitung.

§ 1. Die Entstehung und Endigung des Schwebezustandes.

Unser heutiges Recht kennt keine herrenlose Erbschaft mehr. Es hat durch die Aufnahme des Anfallprinzips viele Schwierigkeiten des römischen und gemeinen Rechts beseitigt. Aber der in § 1922 Abs. 1 enthaltene, seinem vollen Jnhalte nach erst in § 1942 Abs. 1 BGB. zum Ausdruck gelangende Grundsatz, der dem alten deutschen Rechte schon angehörte,[1]) und aus dem preussischen A.L.R. in das BGB. übernommen wurde,[2]) bedurfte einer Einschränkung. Der Wille des — kraft Testamentes oder kraft Gesetzes — zum Erben Berufenen sollte nicht unberücksichtigt bleiben. Jnvito non datur. Aber mit dem Erbfalle entstehen für den Erben, der ja die gesamte rechtliche Persönlichkeit des Erblassers fortsetzt, auch Pflichten. Diese einem freien Rechtssubjekte aufzuzwingen, kann ein moderner Gesetzgeber sich nur in besonderen Fällen entschliessen, wenn z. B. ein überwiegendes öffentliches Jnteresse das gebietet und ein anderer Weg nicht oder nur schlecht gangbar wäre. Um die Härten und Unbilligkeiten der starren

---

[1]) Stobbe, a. a. O. § 281 (Bd. 5).

[2]) A. L. R. §§ 367 ff. Teil 1, Titel 9. Wie das preuss. A. L. R. auch Code civil § 724 Abs. l, das Lübische Recht (Lübisches Ges. vom 10. 2. 1862, Art. 13, 20, 26,) das Hamburger Recht und das Schweizerische Z. G. B. Art. 560 ff. und das römische Recht hinsichtlich der sui heredes. Kein Erwerb der Erbschaft kraft Gesetzes dagegen im Baeyer. Landrecht lll 1, § 8, Sächs. BGB. §§ 2009, 2010, 2250, Oesterr. BGB. §§ 547, 550.

Durchführung des Anfallprinzips zu vermeiden[1]), gab daher der Gesetzgeber im § 1942 Abs. 1 BGB. unter Aufrechterhaltung des Grundsatzes dem „berufenen Erben" das Recht, die Erbschaft innerhalb der im § 1944 BGB. bezeichneten Frist[2]) auszuschlagen. Dadurch ergibt sich ein Zustand der Schwebe, da es während dieser Frist ungewiss ist, ob der zur Erbschaft Berufene auch für immer Erbe bleiben wird, oder ob er von seiner Befugnis, die ihm mit dem Erbfalle angefallene Erbschaft auszuschlagen, Gebrauch machen wird. Man bezeichnet deshalb den zur Erbschaft Berufenen, solange noch nicht feststeht, ob er die Erbschaft endgültig behalten wird, im Anschluss an die Denkschrift zum BGB.[3]) als vorläufigen Erben.

Der Schwebezustand, den das Gesetz somit geschaffen hat, wird im Regelfalle allerdings nur von kurzer Dauer sein, da die meisten Erbschaften nicht ausgeschlagen werden. Wenn jedoch eine Erbschaft vom Nächstberufenen ausgeschlagen wird, ergibt sich zumeist eine längere Dauer des Provisoriums, weil dann auch die an zweiter, dritter, vierter Stelle usw. berufenen Erben ebenfalls vielfach ausschlagen werden. Und für jeden von ihnen läuft die Frist des § 1944 BGB., die frühestens beginnt mit dem Zeitpunkt, da der Berufene Anfall und Grund der Berufung erfährt. Das Provisorium als solches, immer entstehend mit dem Erbfall, endigt in solchen Fällen erst, wenn die Erbschaft dem Fiskus als letzten Erben anfällt, da diesem als gesetzlichen Erben das Ausschlagungsrecht nicht

[1]) Motive V, S. 486, 487.

[2]) Sechs Wochen; hatte der Erblasser seinen letzten Wohnsitz nur im Auslande oder hielt sich der Erbe zu Beginn der Frist im Auslande auf, sechs Monate.

[3]) Denkschrift S. 261.

zusteht, § 1942 Abs. 11 BGB.[1]) Sonst tritt eine Beendigung des Schwebezustandes nur ein, wenn ein zur Erbschaft Berufener die Erbschaft angenommen oder ohne eine ausdrückliche Annahme die Frist für die Ausschlagung hat verstreichen lassen, § 1943 BGB. Das Gesetz stellt dem gleich die Anfechtung der Ausschlagung, in § 1957 BGB.; sie gilt als Annahme der Erbschaft, führt somit also ebenfalls das Definitivum herbei. Jn welcher Form die Erbschaft angenommen werden kann, hat das Gesetz nicht bestimmt. Daher ist auch die pro herede gestio bezw. immixtio (Annahme durch schlüssige Handlungen) möglich.[2]) Eine beachtenswerte Ausnahme davon, dass die Annahme der Erbschaft den Schwebezustand beendigt, enthält § 1949 Abs. 1. BGB., falls nämlich der vorläufige Erbe über den Berufungsgrund irrte.[3])

Der Erbschaftserwerb ist zunächst stets ein vorläufiger. Das ergibt §1946 BGB. Eine wirksame Erklärung darüber, ob der Berufene ausschlage, kann erst abgegeben werden, nachdem der Erbfall erfolgt ist. Eine frühere Erklärung wäre ein Schlag ins Wasser. Der vorläufige Erbe hat es aber in der Hand, die Schwebe schnell zu beendigen, indem er gleich nach dem Erbfall sich über seinen Ausschlagungswillen in rechtswirksamer Weise äussert.

---

[1]) Wohl als Testamentserben.

[2]) Vgl. dazu aus der Entstehungsgeschichte des BGB. Motive V S. 495, 496.

[3]) Eine nicht unbedenkliche Bestimmung, wie Leonhard, a. a. O. zu § 1949 Abs. 1 ausführt. Sie trifft den Fall, dass jemand als gesetzl. Erbe bereits angenommen hat, nachträglich jedoch ein Testament gefunden wird, in dem er zwar auch zum Erben berufen, aber mit Vermächtnissen etc. sehr beschwert ist. Dann kann er jetzt infolge § 1949 Abs. 1 noch ausschlagen.

1. Abschnitt.

Rechtsstellung bis zur Ausschlagung.

§ 2 Allgemeine Wirkungen des Erbfalls für den vorläufigen Erben.

Der vorläufige Erbe ist Erbe, successor in omme ius defuncti. Er wird mit dem Erbfall sofort Subjekt der Erbschaft. In allen Rechtsbeziehungen des Erblassers steht er von nun ab an dessen Stelle, nicht anders, wie wenn er bereits definitiver Erbe wäre. Die angefallene Erbschaft gehört zum Vermögen des vorläufigen Erben vom Zeitpunkt des Anfalles an.

Die zwischen ihm und dem Erblasser bestehenden obligatorischen Rechtsverhältnisse erlöschen durch Konfusion,[1]) da das zwingende Erfordernis von Forderung und Schuld, zwei verschiedenen Rechtssubjekten zustehende Vermögensgebiete, fehlt. Auch von dem Standpunkte aus, den Planck und das R. G. in der Frage des Erwerbs der Erbschaft einnehmen, muss der Eintritt der Konfusion angenommen werden. Planck leugnet nämlich,[2]) dass der Anfall der Erbschaft eine Vereinigung der Vermögen des Erblassers u. des vorläufigen Erben bewirkt. Erst der endgültige Erwerb mache die Erbschaft zum Bestandteil des Erbenvermögens. Von diesem endgültigen will er einen einstweiligen Erwerb der Erbschaft scharf geschieden

---

[1]) Zu entnehmen ist der Grundsatz aus den §§ 1976, 1991 Abs. II, 2143, 2175, 2377. Vgl. dazu die Ausführungen von Crome, a. a. O. S. 512.

[2]) a. a. O. Vorbem. zu §§ 1942 ff., Anm. 3 (S. 40), ebenso R. G. in R. G. Z. 54, S. 289 ff. und 84, S. 342 ff; dagegen wie hier wohl die meisten, bes. Leonhard, a. a. O. § 1942, Anm. II; Staudinger-Herzfelder, a. a. O. § 1942, Anm. III, 4 und 5.

wissen. Damit ergibt sich dennoch das Erlöschen von Schuld und Recht in der Person des vorläufigen Erben; wenn er auch erst einstweilen erworben hat, der Nachlass also noch ein besonderes Vermögensgebiet für sich darstellt, es fehlt die Verschiedenheit der Rechtssubjekte.

Aber die Ansicht Plancks wird der Bedeutung des Anfallprinzips nicht gerecht. § 1922 BGB. bestimmt ausdrücklich den Uebergang des Vermögens; § 1942 BGB. bekräftigt denselben, gibt aber dem vorläufigen Erben das Recht, die angefallene Erbschaft auszuschlagen, d. i. den Erwerb der Erbschaft wieder rückgängig zu machen. Der Erwerb erfolgt also nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes nicht erst dadurch, dass der vorläufige Erbe von seinem Ausschlagungsrechte keinen Gebrauch macht, wie Planck glaubt. Zu seiner Ansicht führt die dem Gesetz nicht entsprechende Vorstellung von dem Charakter der Annahme der Erbschaft. Zwar spricht das Gesetz an zahlreichen Stellen (§§ 1943, 1946, 1947, 1949, 1950, 1954, 1955, 1956, bis 1958, 1995 Abs. 2, 1406 und 1453 BGB., § 9 K. O.) von einer „Annahme". Sie hat aber an keiner Stelle die Wirkung, dass sie den Erwerb der Erbschaft herbeiführt, sondern umgekehrt bewirkt die Ausschlagung, dass der mit dem Anfall bereits erfolgte Erwerb der Erbschaft wieder rückgängig gemacht wird, § 1953 BGB. Diese Ansicht vertritt insbesondere auch Reichel, wenn er sagt: „Der Erbe ist Berechtigter, solange nicht die Ausschlagung erfolgt, nicht wird er Berechtigter, sobald die Annahme, oder was ihr gleichsteht, erfolgt. Nicht also ist die Annahme die Rechtsbedingung des Erwerbs, vielmehr umgekehrt ist die Ausschlagung die Rechtsbedingung[1]) des Nichterworbenhabens."[2]) Das Wort An-

[1]) „Rechtsbedingung", darüber siehe § 13.
[2]) Reichel a. a. O. S. 116.

nahme bedeutet somit nichts anderes als den Verzicht auf das Ausschlagungsrecht.[1]) Dieser Verzicht auf das Ausschlagungsrecht, kann — da er ja in praxi gewöhnlich erfolgt — in jeder beliebigen Form vor sich gehen, währen die Ausschlagung selbst, als etwas aussergewöhnliches und weil an ihre Erklärung die bedeutsame Fiktion des § 1953 geknüpft ist, einer besonderen Form unterliegt, § 1945 Abs. 1. Für sie ist auch eine Frist gesetzt, § 1944 Abs. 1 und III, nach deren Ablauf die Ausschlagung nicht mehr wirksam erklärt werden kann. Für die „Annahme" bedurfte es einer solchen nicht; als Verzicht auf das Ausschlagungsrecht ist sie von selbst nicht länger möglich als die Ausschlagung. Jhr eine ähnliche Wirkung zuzuschreiben wie der Antretung der Erbschaft im gemeinen und römischen Rechte, geht nicht an; es wäre mit dem Anfallprinzip unvereinbar.

Auch die Bestimmung des § 1953 Abs. 1 ist zur Begründung der Planckschen Ansicht, der das R.-G. in R. G. Z. 54, S. 289 ff.[2]) und 84, S. 342 ff. gefolgt ist, wohl nicht verwertbar. Wenn § 1953 Abs. 1 sagt, dass der Anfall an den vorläufigen Erben, wenn er ausschlägt, als nicht erfolgt gilt, so wird durch diese Fiktion geradezu indirekt ausgesprochen, dass vor der Ausschlagung — mit dem Erbfalle — doch eine Vermögensvereinigung stattgefunden hat. Aber weil das Ge-

[1]) So formuliert v. Dernburg, a. a. O. S. 405: „Die Annahme bildet die Erklärung, auf die Ausschlagung zu verzichten". Siehe dazu Crome, S. 512. Abzulehnen, (wie Planck) ist erst recht die Ansicht von Hellwig, Klagrecht S. 204, der geradezu von einer „Annahmeerklärung" spricht, die erst den „vollendeten Erwerb der Erbschaft" herbeiführe. Das ist aus dem Gesetze doch kaum zu entnehmen.

[2]) Vgl. insbesondere S. 293: „Vielleicht wäre die Vorschrift (§ 517 BGB.) entbehrlich gewesen, da schon nach den erbrechtlichen Bestimmungen die Erbschaft vor der Annahme nicht zum Vermögen des Erben gehört."

schehene nicht ungeschehen gemacht werden kann, soll es so angesehen werden, als ob die erste Gesamtnachfolge[1]) (der erste Anfall) mit ihren Wirkungen nie erfolgt wäre. § 1953 BGB. ist eine Fiktion, die rein konstruktiv erforderlich war, um den Grundsatz des unmittelbaren Uebergangs der Erbschaft auf den endgültigen Erben zu wahren.

Zu der kritisierten Auffassung P l a n c k s und des Reichsgerichts von der erst mit der „Annahme" erfolgenden Vereinigung der beiden Vermögen führten noch aussererbrechtliche Vorschriften, nämlich die §§ 517, 1406 Ziff. 1, 1453 BGB. und § 9 K. O. in Anlehnung an die Motive IV, S. 243. Dort heisst es: „Vom Standpunkte des formellen Rechtes aus stellt die Ausschlagung einer Erbschaft . . . . sich allerdings als das Aufgeben eines bereits erworbenen Rechtes . . . . . dar . . . Materiell betrachtet charakterisiert sie sich nicht als das Aufgeben eines bereits erworbenen, sondern als die Nichtannahme eines angetragenen Rechts". Die Bestimmungen der genannten §§ sind aber nicht von diesem Gesichtspunkte aus zu betrachten; vielmehr ist hervorzuheben, dass es sämtlich Ausnahmebestimmungen sind. Sie finden ihren Grund allein in der Natur des Ausschlagungsrechtes als eines höchst persönlichen. Die Ehefrau in sämtlichen Güterständen (§§ 1406 Ziff. 1, 1453 und dieselben in Verbindung mit §§ 1519 Abs. II, 1549) und der Gemeinschuldner im Konkurse sind trotz der Beschränkung ihrer Verfügungsmacht a l l e i n berechtigt zur Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft. Das hat ethische Gründe; die Respektierung des freien Willens eines freien Staatsbürgers,

[1]) Die Folgerung, dass im Falle des § 1953 BGB. eine zweite Gesamtnachfolge eintritt, ist unvermeidlich. Vgl. L e o n h a r d, a. a. O. § 1942 Abs. II, (S. 33 unten.)

des als Erben Berufenen, kommt darin zum Ausdruck; ist die Ehefrau als Erbin berufen, so soll ihr freier Wille entscheiden, nicht der des Ehemannes; beim Gemeinschuldner nicht der des Konkursverwalters. Dieses höchst persönliche Moment kehren auch die Motive selbst hervor und beseitigen so das Missverständnis, welches die zitierte Stelle zu ergeben geeignet ist. „Materiell betrachtet usw." soll demnach heissen: in seiner praktischen Auswirkung, im Endeffekt, stelle sich die Folge der Ausschlagung so dar, als wenn ein angetragenes Recht abgelehnt würde. Diese Auffassung bestätigt auch der Zusammenhang mit dem vorangehenden Satze: „Vom Standpunkte des formellen Rechtes aus . . ." Der § 517 BGB. wäre, soweit sein Jnhalt die Ausschlagung einer Erbschaft betrifft, in der Tat vielleicht überflüssig, aber nicht aus dem Grunde, den das Reichsgericht annimmt (siehe S. 6 Anm. 2), sondern weil die blosse Ausschlagung einer Erbschaft keinen Vertrag über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung enthält, sie somit dem Begriff der Schenkung als eines gegenseitigen Vertrages nicht unterfällt. Aus dem entwickelten Jnhalt der betreffenden erbrechtlichen Bestimmungen jedoch kann die Entbehrlichkeit der Vorschrift keinesfalls entnommen werden. § 517 BGB. dürfte am besten erklärt sein, wenn man ihn als eine den § 516 BGB. näher erläuternde Vorschrift auffasst.

Die Vereinigung der Vermögen in der Person des vorläufigen Erben im Zeitpunkt des Erbfalles bewirkt in gleicher Weise die Konsolidation, das Erlöschen der Rechtsverhältnisse durch Vereinigung von Eigentum und Belastung in der Person des Erben, soweit nicht einige sachenrechtliche Vorschriften (§ 889 BGB.) eine Abweichung ergeben.

Freilich ist zu beachten, dass der vorläufige Erbe, solange er noch das Ausschlagungsrecht hat, über das mit dem Erbfall erworbene Vermögen nicht so frei verfügen kann, wie über sein übriges Vermögen. Die Absicht des Gesetzes, den Nachlass in toto unversehrt dem wahren Erben zukommen zu lassen, machte für die Zeit der Ungewissheit, ob der Berufene Erbe bleiben werde, eine Anzahl von Schutzvorschriften nötig. Sie bezwecken sämtlich in erster Linie die Erhaltung der Jntegrität des hinterlassenen Vermögens für den Fall, dass die Erbschaft ausgeschlagen wird; darum sind die Rechte des vorläufigen Erben teilweise begrenzt (z. B. §§ 1959, 1981 BGB und 991 Z. P. O.). Jn zweiter Linie ist auch die Rücksicht auf das Vermögen des vorläufigen Erben selbst Grund dieser Bestimmungen gewesen (siehe §§ 778, 928 Z.P.O., § 1958 BGB.). So erklärt sich, dass der Nachlass, obwohl zum Vermögen des Erben gehörend, noch eine Sonderstellung während der Dauer des Provisoriums einnimmt. Es muss eben mit der Möglichkeit einer Absonderung des Nachlasses vom übrigen Vermögen des vorläufigen Erben immer noch gerechnet werden.

§ 3. Das Recht des vorläufigen Erben auf Verwaltung und Besitz am Nachlass.

l) Das Gesetz hat dem noch ausschlagungsberechtigten Erben das Recht, den Nachlass zu verwalten, nicht ausdrücklich zuerkannt. Da der Nachlass nach den obigen Darlegungen aber mit dem Erbfalle bereits Bestandteil des Erbenvermögens wird, ist die Berechtigung des vorläufigen Erben zur Verwaltung desselben ausser Zweifel. Es wäre widersinnig, ihn als Herrn des Nachlasses zu betrachten, ohne ihm das Verwaltungsrecht darüber zuzuerkennen. So die herrschende Lehre.[1]

[1]) Siehe Kretzschmar, a. a. O. S. 384 ff., Leonhard, a. a. O. § 1959 Bem. ll, Herzfelder, a. a. O. § 1959 Bem. 1, Planck, a. a. O. § 1959 Bem. 3.

Die Ansicht Hellwigs[1]), dass der Nachlass zwar dem Erben gehöre, für ihn aber noch als fremdes Vermögen gelte, weshalb ihm auch das Verwaltungsrecht fehle, hat mit Recht keinen Anklang gefunden. Als Beleg für das Fehlen des Verwaltungsrechts nennt er § 1959 Abs. II BGB.; aus dem Jnhalt dieses Absatzes, dass die Verfügungen des vorläufigen Erben nur in Eilfällen wirksam bleiben, will er die stillschweigend vorausgesetzte Regel entnehmen, dass in anderen als dringenden Fällen ein Recht zur Verwaltung für den vorläufigen Erben nicht besteht. Dabei wird zweifach gefehlt: Zunächst wird eine Jdentifizierung von Verfügungsrecht und Verwaltungsrecht vorgenommen, die nicht zulässig ist. Verwaltungsrecht ist der umfassendere Begriff, in dem das Recht zu Verfügungen im allgemeinen[2]) mitenthalten ist.[3]) Man kann aber nicht das Ganze für den Teil setzen. — Dann aber besagt die Wendung: „die Wirksamkeit wird nicht berührt", dass die betreffenden Verfügungen wirksam bleiben, andere Verfügungen also unwirksam werden, nicht von vorneherein unwirksam sind. Auch der aus § 1959 Abs. III BGB.[4]) gezogene Umkehrschluss kann nicht überzeugen („bleibt wirksam", derselbe Sprachgebrauch wie im Absatz II des § 1959).

---

[1]) Lehrbuch I S. 296, 297.

[2]) Z. B. § 2205 BGB., anders in § 1374 BGB.

[3]) So Hellwig selbst, System Seite 162. (I. Band); Vollmer, a. a. O. S. 24/25, weist auf die im Gesetz mehrfach vorgenommene Auseinanderhaltung von Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis hin. Er hält sie auch in § 1959 am Platze. Diese Auffassung musste ihn zu dem gleichen Ergebnis führen.

[4]) Zwar schreibt Hellwig, Lehrbuch I S. 297, Zeile 20: „§ 1959 Abs. II", doch dürfte dies ein Druckfehler sein, da er nach dem Text nur den Abs. III im Auge haben kann, was der Kritik (s. z. B. Binder, a. a. O. III, S. 202 Anm. 14) wohl entgangen ist.

Allerdings muss man beachten, dass der vorläufige Erbe nicht jede Verwaltungshandlung schlechthin vornehmen kann. Es sind ihm, soll er nicht seines Ausschlagungsrechtes verlustig gehen, offenbar jene Verwaltungshandlungen versagt — seien es nun tatsächliche Massnahmen oder Rechtshandlungen —, die eine pro herede gestio enthalten und somit den Schwebezustand beendigen würden. Welche Handlungen dies sind, wird in den einzelnen Fällen ganz verschieden zu beurteilen sein. Abstrakte Rechtssätze aufzustellen, in welchen Verwaltungshandlungen eine Erbgebarung liege, hat der Gesetzgeber absichtlich[1]) vermieden. Es lässt sich aber auch stets nur im konkreten Fall bestimmen, welche Handlung als pro herede gestio zu gelten hat.[2]) Nicht jede Verwaltungshandlung ist Erbgebaren, wie Hellwig lehrt, aber jede kann es sein, und sie ist es, wenn der Wille, anzunehmen d. h. auf das Ausschlagungsrecht zu verzichten, daraus ersichtlich ist. Daher verdienen die in der Literatur bisweilen gepflogenen Erörterungen, welche tatsächlichen Massnahmen und Rechtshandlungen, die zur Verwaltung des Nachlasses vorgenommen werden, gewöhnlich ein Erbgebaren enthalten, keine allzugrosse Beachtung. Man kann eben keine als unbedingt stets Erbgebaren bekundend und auch keine als unbedingt nie solches enthaltend bezeichnen.

Auch der Streit darüber, ob der vorläufige Erbe Antrag auf Nachlassverwaltung stellen kann, dürfte wohl von diesem

---

[1]) Siehe Motive V. S. 536; der Grund ist der, dass eine Bestimmung darüber, welche Verwaltungshandlungen der vorläufige Erbe vornehmen dürfe, leicht dahin hätte ausgelegt werden können, dass in solchen Handlungen niemals Erbgebarung liege.

[2]) Vgl. Reichel, a. a. O. S. 118, 119 und Planck, a. a. O. § 1943 Bem. 4.

Standpunkte aus zu entscheiden sein. Wennzwar das Recht zur Verwaltung des Nachlasses nicht ohne weiteres auch das Recht, Nachlassverwaltung zu beantragen, enthält, so scheint ein Eingehen auf die Streitfrage an dieser Stelle doch geboten.

Josef,[1]) Kretzschmar[2]), Boehm,[3]) auch Herzfelder[4]) wollen in der Stellung des Antrags durch den vorläufigen Erben stets Erbgebarung erblicken. Mit den oben entwickelten Grundsätzen über das Vorliegen einer pro herede gestio, denen besonders Reichel treffenden Ausdruck verliehen hat[5]), ist diese Ansicht nicht vereinbar; denn das „Entscheidende ist nicht das Typische der Handlung, sondern die Handlung in ihrer Jndividualisierung durch die konkreten Begleitumstände." Wollte sonach der vorläufige Erbe durch die Stellung des Antrags der Befriedigung der Nachlassgläubiger dienen, oder wollte er dadurch die Beschränkung seiner Haftung herbeiführen, dann ergibt sich eine andere Beurteilung dieses Antrages, als wenn er ihn stellte in der offenkundigen Absicht, auf diesem Wege einen Ueberblick über den Nachlass zu erlangen. Jm ersten Falle setzt die Stellung des Antrages voraus, dass der Erbe innerlich auf das Ausschlagungsrecht verzichtet hat und sich als endgültigen Erben betrachtet; nicht aber im letzten Falle, wo er gerade erfahren will, ob es zweckmässig für ihn ist, auszuschlagen und danach sich zu entscheiden. Somit führt der Antrag auf Nachlassverwaltung

---

[1]) a. a. O. S. 492.
[2]) a. a. O. S. 550 Anm. 1.
[3]) a. a. O S. 351 oben.
[4]) a. a. O. § 1981 Bem. A. 1.
[5]) a. a. O. S. 119.

nicht notwendigerweise die Beendigung des Provisoriums herbei; auch der vorläufige Erbe kann ihn stellen.[1])

Eine Pflicht zur Verwaltung des Nachlasses besteht indessen für den vorläufigen Erben wegen Fehlens positiver Anordnung nach gemeiner Meinung grundsätzlich nicht. Für etwaige nachteilige Folgen, die durch die Untätigkeit des vorläufigen Erben entstehen, kann er nicht verantwortlich gemacht werden. Deshalb hat das Gesetz die Nachlasspflegschaft eingeführt, § 1960 BGB. Hat der vorläufige Erbe aber einmal in die Verwaltung des Nachlasses eingegriffen, derart, dass dieses Eingreifen weitere Massnahmen erforderlich macht, so ist er zur Vornahme jener Massnahmen verpflichtet, andernfalls er wegen unterlassener Fortsetzung des negotium coeptum aus §§ 1959 Abs. 1, 677, 242 BGB. haftet.[2])

Auch zum Antrag auf Eröffnung des Nachlasskonkurses (§ 1980 BGB.) ist der vorläufige Erbe nicht verpflichtet. Die Pflicht zur Konkursanmeldung ergibt sich aus der allgemeinen Verwaltungspflicht des definitiven Erben. Da den vorläufigen Erben diese nicht trifft, trifft ihn auch nicht jene. Dennoch wird von Herzfelder[3]) eine Verpflichtung des vorläufigen Erben zur Konkursanmeldung angenommen für den Fall, dass der vorläufige Erbe die definitive Erbenstellung erlangt. Dann

---

[1]) Richtig Leonhard, a. a. O. § 1981 Bem. C. 1, RGR.-Kommentar § 1981 Bem. 1, Planck, a. a. O. § 1981 Bem. 4 a, besonders aber das K. G. im Recht 1906, S. 960, welches auch noch darauf hinweist, dass allenfalls ja der vorläufige Erbe auch bezüglich dieses Antrages dem definitiven bzw. nachberufenen Erben als negotiorum gestor haftet.

[2]) Vergl. Strohal II S. 262, Anm. 10.

[3]) a. a. O. § 1980 Bem. 2; ebenso Leonhard, a. a. O. § 1980 Bem. III.

sei der Erbe auch den Nachlassgläubigern für jenen Schaden verantwortlich, der durch sein Unterlassen der Konkursanmeldung entstanden ist. Diese Haftung treffe den Erben nur dann nicht, wenn er sich während des Laufes der Ausschlagungsfrist tatsächlich in keiner Weise um den Nachlass gekümmert hat.[1]) Die ganze Konstruktion entspricht zwar der Billigkeit, aber nicht dem Gesetz. Zunächst krankt sie daran, dass erst nachträglich, nachdem der vorläufige Erbe endgültiger Erbe geworden ist, festgestellt werden kann, dass damals, während der Ausschlagungsfrist, die Pflicht zur Konkursanmeldung für ihn bestanden hat — ein konstruktiver Genuss! Sodann fehlt die gesetzliche Verankerung dieser Pflicht. Die Anordnung des § 1980 BGB. trifft nur den endgültigen Erben; obwohl die Pflicht zur Konkursanmeldung nur resultiert aus der Verwaltungspflicht des endgültigen Erben[2]), hat sie der Gesetzgeber für ihn dennoch ausdrücklich fixiert. Für den vorläufigen Erben hätte das Gesetz diese Pflicht dann erst recht festgelegt, wenn er sie hätte haben sollen. Ausserdem scheint die Konstruierung jener Verpflichtung des vorläufigen Erben überflüssig, da doch der Zweck, eine Haftung des die Ueberschuldung des Nachlasses kennenden Erben herbeizuführen, für die Zeit vor der Annahme der Erbschaft in einer den Bedürfnissen des Rechtslebens völlig genügenden Weise auf dem Wege des § 1978 Abs. 1 Satz 2 schon erreicht wird. Danach haftet der Erbe für die „vor der Annahme" besorgten Geschäfte als negotiorum gestor. Dass eine Haftung dann nicht

---

[1]) Natürlich muss die tatbestandliche Voraussetzung des § 1980 vorliegen: der Erbe muss von der Ueberschuldung des Nachlasses Kenntnis gehabt haben.

[2]) So Leonhard, a. a. O. § 1980 Bem. 1.

in Frage kommt, wenn der Erbe sich überhaupt nicht eingemischt hatte, also gar nicht als Geschäftsführer tätig geworden ist, stimmt mit Herzfelder dabei vollkommen überein.[1] Die herrschende Meinung kennt denn auch die Pflicht des vorläufigen Erben zur Konkursanmeldung nicht.[2])

Dass die Eröffnung des Nachlasskonkurses aber vor Beendigung des Schwebezustandes möglich ist, sagt ausdrücklich § 216 K. O. Die Vorschriften der §§ 216 ff. K. O. hinsichtlich des Erben finden auf den vorläufigen Erben entsprechende Anwendung. Er ist also soweit tunlich zu hören, wenn der Antrag auf Konkurseröffnung nicht von ihm gestellt ist, § 217 K. O.; an den Terminen ist er teilzunehmen berechtigt; ein Zwangsvergleich kann nur geschlossen werden auf seinen Vorschlag usw.[3]) Durch die Eröffnung des Nachlasskonkurses verliert der vorläufige Erbe freilich das Verwaltungsrecht am Nachlasse.

II) Wie zur Verwaltung des Nachlasses ist der vorläufige Erbe auch zur tatsächlichen Jnbesitznahme der Nachlassgegenstände berechtigt. Dieses Recht ist notwendig mit dem der Verwaltung des Nachlasses verbunden. Zugleich folgt es aus § 1922 und § 857 BGB. Der nach diesen Vorschriften auf den vorläufigen Erben übergehende Besitz ist nicht das tatsächliche Herrschaftsverhältnis, — dieses kann sich nicht vererben — sondern die Besitzrechtsstellung, wie sie der Erblasser im Zeit-

---

[1]) Jnwieweit die Haftung in beiden Fällen im übrigen übereinstimmt, soll nicht weiter erörtert werden.

[2]) Planck, a. a. O. § 1980 Bem. 2; Strohal, II. S. 263c.

[3]) Dass auch in dem Vergleichsvorschlag durch den vorläufigen Erben nicht unbedingt eine Erbschaftsannahme gesehen werden muss, bestätigt Jäger, a. a. O. § 230 Bem. 10.

punkt des Erbfalls innegehabt hatte. Erlangt der vorläufige Erbe aber diese rechtliche Stellung, so steht für ihn nichts entgegen, sie in ein tatsächliches Verhältnis umzuwandeln.

§ 4. Das Prozessführungsrecht des vorläufigen Erben.

I) Die Prozessführungsbefugnis ist ein Ausfluss des Rechts zur Verwaltung eines Vermögens. Meist wird sie geradezu als Verwaltungshandlung angesehen.[1]) Erkennt man nun das Verwaltungsrecht des vorläufigen Erben an, darf man seine Prozessführungsbefugnis nicht verneinen. Beide resultieren aus dem Kontinuitätsprinzip. Es ist eine allgemeine Norm unseres Prozessrechts, dass, wenn das Gesetz jemandem ein Recht gibt, ihm auch der Schutz durch private Klage zusteht. Darnach muss man dem vorläufigen Erben als dem Subjekte des Nachlasses die Befugnis zur Prozessführung, die Möglichkeit, seine Rechte gerichtlich geltend zu machen, einräumen. Von der herrschenden Lehre wird diese Folgerung auch gezogen und dem Erben die Berechtigung zu Aktivprozessen nicht versagt. Eigene Wege indes gehen Hellwig und Planck.

Hellwig kommt von seiner Seite 10 erwähnten Auffassung aus,[2]) dass der Erbe nicht zur Verwaltung des Nachlasses berechtigt sei, durchaus folgerichtig zur Verneinung der Prozessführungsbefugnis. Das Fundament seiner Lehre bildet seine Auffassung von den selbständigen Sondervermögen, die als juristische Personen zu behandeln und mit eigener Sach-

---

[1]) Boehm, a. a. O. S. 264 B.: „Die Prozessführung ist ein Verwaltungsakt . . .“; Hellwig, System 1 S. 162, 2a; Herzfelder, a. a. O. § 1959 Bem. 3a.

[2]) Vgl. dazu Hellwig, System 1 S. 154 Anm. 10; S. 165, II 1a.

legitimation ausgestattet seien. Sie enthält bezüglich der rechtlichen Auffassung des Nachlasses einen Widerspruch mit dem Grundsatze des § 1922 BGB. Wie jene, so wird auch diese Lehre in der Wissenschaft kaum noch vertreten.[1]) Dennoch bedarf die Bejahung des Prozessführungsrechts einer eingehenden Begründung, da der oben genannte allgemeine verfahrensrechtliche Grundsatz Ausnahmen durchaus zulässt und die Behauptung nicht fehlt, dass solche Ausnahmen in verschiedenen gesetzlichen Bestimmungen verankert seien.

Im § 1958, der zuerst angeführt wird, kann die Entziehung der Prozessführungsbefugnis des verwaltungsberechtigten vorläufigen Erben nicht enthalten sein; die Vorschrift trifft nur die Passivprozesse und will dem vorläufigen Erben lediglich einen Schutz bieten.[2]) Sie auch auf Aktivprozesse auszudehnen, ist wegen der grundsätzlichen Verschiedenheit beider einfach unmöglich, wie Reichel näher ausführt (a. a. O. S. 111). Dagegen ergibt nach der Auffassung der herrschenden Meinung die Vorschrift ein deutliches argumentum e contrario, dass der vorläufige Erbe selbst klageberechtigt ist.

Ebenso bietet der § 239 Abs. 5 Z. P. O., wonach der vorläufige Erbe zur Fortsetzung eines anhängigen Rechtsstreites nicht verpflichtet ist, zu der Folgerung, dass dadurch dem vorläufigen Erben sowohl die aktive wie passive Prozessführungsbefugnis genommen werde, seinem Wortlaute nach kaum Anlass. Vielmehr scheint der Schluss daraus geboten, dass, wenn eine Verpflichtung zur Fortsetzung des Pro-

[1]) Wohl nur von Skonietzki-Gelpke, Z. P. O. § 52, S. 125 f.; hinsichtlich des Grundsatzes der Parteiunfähigkeit des vorläufigen Erben aber noch von Hörle, a. a. O. S. 716 f.

[2]) Darüber noch im § 5.

zesses nicht besteht, die Berechtigung hierzu dem vorläufigen Erben immerhin bleibt.[1] Nun besteht zwar ein Unterschied zwischen dem Rechte, selbst Klage zu erheben und dem, einen bereits laufenden Rechtsstreit weiterzuführen. Aber daher war gerade die Bestimmung des § 239 Abs. 5 Z. P. O. nötig; sie ist eine notwendige Folgerung aus § 1958 BGB.[2]

Jst somit die Sachlegitimation für Aktivprozesse des vorläufigen Erben grundsätzlich zu bejahen, so fragt sich weiter, ob der Beklagte sich auf den Prozess des vorläufigen Erben einlassen muss. Das kann im konkreten Falle verschieden sein, je nachdem der vorläufige Erbe ein rechtsschutzbedürftiges Jnteresse an dem Prozess hat; das läge z. B. dann vor, wenn der Ausgang des Rechtsstreites für seine Entscheidung über das Ausschlagungsrecht von Bedeutung ist.

li) Bislang ist die Untersuchung über das Prozessführungsrecht des vorläufigen Erben einseitig vom Standpunkte des Klägers aus erfolgt. Nunmehr soll auch die Lage des Be-

---

[1]) Vgl. Binder, a. a. O. l, S. 162 f.; Reichel, a. a. O. S. 112; auch Seuffert, a. a. O. l, S. 348/349, 5), erkennt die Notwendigkeit dieser Folgerung; er bestreitet dennoch, dass der vorläufige Erbe zur Weiterführung des Prozesses berechtigt ist, aber nur aus dem Grunde, weil er in der Fortsetzung des Rechtsstreites eine Handlung sieht, die stets Erbgebarung darstelle.

[2]) Jm Ergebnis hinsichtlich des Prozessführungsrechtes stimmt Planck, a. a. O. § 1959 Bem. 7 mit Hellwig überein. Allerdings räumt er dem vorläufigen Erben das Recht zur Verwaltung ein, was zunächst befremdet. Er geht dabei aber offenbar davon aus, dass Verfügungsrecht und Verwaltungsrecht, wie häufig im Gesetz, so auch in § 1959 BGB. auseinanderzuhalten seien. Gegen die Hellwigsche Auffassung vgl. Binder, a. a. O. lll, S. 202 Anm. 14, Kretzschmar, a. a O. S. 384 Anm. 2.

klagten berücksichtigt werden. Leistet der Beklagte nach vorausgegangener Verurteilung an den vorläufigen Erben, so wird er, da im Falle nachträglicher Ausschlagung, wegen § 1953 BGB., wovon nur die Ausnahmen des § 1959 Abs. II und III gemacht worden sind, da in der Annahme der Leistung durch den vorläufigen Erben eine Verfügung über eine Nachlassforderung liegt,[1]) dem wahren Erben gegenüber regelmässig nicht frei.[2]) In solchen Fällen der Unbestimmtheit des Rechtssubjektes ist der Beklagte eines Schutzes bedürftig. Diesen gewährt das Gesetz in § 372 BGB.; der Schuldner kann die Leistung für den wahren Erben hinterlegen; des weiteren hält aber die herrschende Meinung eine Klage des vorläufigen Erben auf Leistung an den wahren Erben für zulässig, in Anlehnung an jene Fälle, wo jemand ein Verwaltungs-, aber kein Verfügungsrecht hat (wie z. B. der Ehemann in §§ 1374, 1375 BGB.). Damit wird sie auch den Fällen gerecht, wo es sich um nicht hinterlegungsfähige Sachen handelt. Für eine Klage auf Leistung an sich selbst besteht ein Interesse des vorläufigen Erben nicht, und soweit es bestünde, müsste das des Beklagten als allenfalls das ungleich grössere dem seinen vorgehen.

Dem Beklagten stehen indessen gegenüber dem vorläufigen Erben nicht alle Verteidigungsmittel zu, die er dem endgültigen Erben gegenüber hätte. Das ist bedingt durch das Bestreben des Gesetzes, die durch die Ausschlagungsmöglichkeit gefährdete Integrität des Nachlasses zu wahren und

---

[1]) Anders wohl Kipp a. a. O. § 51, II, 3, Anm.5).
[2]) Vgl. Planck, a.a.O. § 1959 Bem. 5; anders Herzfelder, a.a.O. § 1959, Bem. 3a.

ihn möglichst ungeschmälert dem endgültigen Erben zukommen zu lassen. Der § 1958 BGB. nimmt dem Beklagten ohne weiteres die Möglichkeit der Widerklage, denn diese ist stets das gerichtliche Geltendmachen eines gegen den Nachlass gerichteten Anspruchs.

Zweifelhaft ist es dagegen, ob der vom vorläufigen Erben wegen einer Nachlassforderung Verklagte im Prozesse mit einer Gegenforderung gegen den Nachlass aufrechnen darf. Nach Planck[1]) u. a. enthält die Aufrechnung das gerichtliche Geltendmachen eines Anspruchs, der sich gegen den Nachlass richtet; sie unterfiele damit dem Verbot des § 1958 BGB. Der Streit hierüber beruht auf der Verschiedenheit in der Auffassung von der Natur der Aufrechnung im Prozesse. Wer in ihr eine reine Prozesshandlung sieht,[2]) wird sie für unzulässig halten müssen; wer aber mit der herrschenden Meinung ein materielles Rechtsgeschäft darin erblickt, verbunden mit einer Prozesshandlung, nämlich dem Vorbringen der Tatsache des Aufgerechnethabens,[3]) kommt konsequenterweise nicht dazu, sie dem Beklagten zu verwehren. Letztere Ansicht dürfte richtiger sein.

Dass der vom vorläufigen Erben wegen einer Nachlassforderung Verklagte gegen eine Privatforderung des vorläufigen Erben aufrechnet, ist natürlich zulässig; im Falle nachträglicher Ausschlagung der Erbschaft aber ist die Aufrechnung wegen der erfolgenden separatio bonorum unwirksam.

---

[1]) a. a. O. § 1958 BGB. Bem. 3.

[2]) Z. B. Kohler, Lehrbuch II 1, S. 216; insbesondere auch seine Abhandlung in Zeitschr. f. Deutschen Zivilprozess, S. 1 ff.

[3]) So selbst Planck a. a. O. § 388 Bem. 1.

Ebenso darf man das Recht zu Einreden dem Beklagten wegen der Bestimmung des § 1958 BGB. nicht verweigern. In der Verteidigung des Beklagten durch Einreden das gerichtliche Geltendmachen von Ansprüchen gegen den Nachlass zu erblicken, wäre eine einseitige Benachteiligung und Erschwerung der Rechtslage des Beklagten, die durch die ratio des § 1958 BGB. in keiner Weise gerechtfertigt ist. Während er dem definitiven Erben seine Verteidigungsmittel entgegensetzen könnte, würde er dem vorläufigen Erben gegenüber schutzlos sein. Das geht nicht; § 1958 schützt den vorläufigen Erben vor Angriffen der Nachlassgläubiger; ist er selbst Angreifer, dann bedarf er dieses Schutzes nicht.

§ 5. Der Schutz des vorläufigen Erben gegen Klage und Zwangsvollstreckung seitens der Nachlassgläubiger.

1) Mit den vorangegangenen Erörterungen wäre auch schon der Grundgedanke des § 1958 BGB. wieder gegeben: Schutz des vorläufigen Erben! Zunächst einmal wegen seiner selbst; solange er noch nicht endgültiger Erbe ist, soll er mit Prozessen wegen des Nachlasses nicht behelligt werden, um so eine vorzeitige Ausschlagung zu verhindern. Dann aber auch wegen des Nachlasses. Um den Nachlass, soweit dies ohne Härten für die Gläubiger durchführbar ist, möglichst unversehrt dem wahren Erben zuzuführen, soll während der Zeit der Ungewissheit kein Dritter eine Schmälerung des Nachlasses vornehmen können. Sonst würde der Grundsatz vom unmittelbaren Vermögensübergang, zu dem das Gesetz sich im § 1922 BGB. bekennt, leicht vereitelt werden können, indem evtl. nur ein mehr oder minder grosser Bruchteil des Nachlasses an den wahren Erben gelangen würde. Aber der

Gesetzgeber meinte es ernst mit der Durchführung des Kontinuitätsprinzips. Daher versagte er dem vorläufigen Erben für Prozesse der Nachlassgläubiger im § 1958 die Passivlegitimation. Diese Ansicht, die früher sehr bestritten war, hat beachtliche Widerlegungsversuche nur noch von Leonhard widerfahren. Seine Ausführungen, dass der § 1958 BGB. seiner juristischen Natur nach eine Einrede sei„) haben in der Tat manches für sich, besonders da sie zu klaren Ergebnissen führen. Zwar ist der Hinweis auf die geschichtliche Entwicklung des „eher gegen eine Einrede sprechenden Wortlautes", wie er selbst zugibt, weniger überzeugend; aber desto wirksamer ist der Hinweis auf die praktische Zweckmässigkeit. Die Gläubiger sollten durch den Selbstübergang der Erbschaft der Pflicht zum Beweise des Antritts durch den Erben überhoben werden, darin liege im System des BGB. gegenüber dem gemeinen Recht ein erheblicher Vorteil. Das wäre zwar de lege ferenda nicht unerwünscht, aber das Gesetz hat anderes bestimmt. Und die Feststellung, dass § 239 Abs. V Z. P. O., wonach der vorläufige Erbe eine Klage gegen den Erblasser aufzunehmen doch berechtigt ist, die materiellrechtliche Wirksamkeit einer solchen Klage ergebe, steht mit der oben angenommenen Auffassung von § 1958 doch keineswegs notwendig im Widerspruch. Denn die Möglichkeit zur Klageerhebung gegen den vorläufigen Erben und die der Fortsetzung einer bereits gegen den Erblasser anhängig gewordenen Klage sind zwei ganz verschiedene Dinge. Daher ist es kein Widerspruch, wenn das Gesetz erstere gänzlich vereitelt, letztere hingegen mit Einwilligung des vorläufigen Erben

„) a a. O. § 1958 Bem. 2.

ermöglicht. Die Formulierung im § 239 Abs. 5 Z. P. O. dürfte mit der gesetzgeberischen Anerkennung der Prozessführungsbefugnis des vorläufigen Erben zusammenhängen.[1]) Die Folgen der beiden Auffassungen des § 1958 BGB. zeigen eine grundlegende Verschiedenheit.

Nach der herrschenden Ansicht — der § 1958 BGB. versagt dem vorläufigen Erben die Passivlegitimation. — kann kein Versäumnisurteil ergehen gegen den nicht erschienenen Erben, wenn nicht der Kläger die Erbannahme behauptet hat. Gewährte § 1958 BGB. dem vorläufigen Erben nur eine Einrede, dann dürfte der Richter die noch nicht erfolgte Annahme der Erbschaft nur auf Vorbringen des beklagten vorläufigen Erben beachten; bei Nichterscheinen des vorläufigen Erben erginge also auf Antrag stets Versäumnisurteil.

Die Ansicht, dass der vorläufige Erbe für Klagen der Nachlassgläubiger einfach nicht der richtige Beklagte ist, findet ausser im Wortlaut des § 1958 seine grösste Stütze in der Bestimmung des § 1961 BGB. Darin, dass das Gesetz dem Nachlassgläubiger die Möglichkeit gibt, seinen Anspruch gegen den Nachlass zu verfolgen, indem er beim Nachlassgerichte die Bestellung eines Nachlasspflegers beantragt, liegt die Bestätigung dafür, dass der vorläufige Erbe der Passivlegitimation entbehrt. Würde man ihn dennoch für legitimiert zur Sache halten, wäre die Bestimmung des § 1961 BGB. zum mindesten überflüssig, ja Verwirrung stiftend. Warum soll

[1]) Die bekämpfte Auffassung findet sich, nachdem Planck sie in der dritten Auflage aufgegeben hat, ausser in der unter den Auspizien Leonhards entstandenen Arbeit von Vollmer, in der Literatur nur noch bei Quaatz, a. a. O. S. 219 f. und Fischer-Henle, a. a. O. § 1958 Anm. 6.

ausser dem Erben noch ein anderer wegen Ansprüchen gegen den Nachlass mit Klage überzogen werden können? Die Vorschrift ist aber getroffen, um den Gläubigern in Fällen, wo die Schutzbestimmung des § 207 BGB. versagen würde, nicht jede Möglichkeit zur Durchführung ihres Anspruchs zu nehmen. Eine einseitige Jnteressenberücksichtigung ist jedem gesunden Rechte, insbesondere auch einem modernen Gesetzeswerk, wie es das BGB. ist, zuwider. Daher erheischte die Regel des § 1958 die Ausnahme im § 1961.

Aus dieser Ausnahmebestimmung glaubt Volmer[1]) folgern zu müssen, dass, wenn § 1958 die Bedeutung habe, dem vorläufigen Erben fehle die Passivlegitimation, für das BGB. eine ruhende Erbschaft anzunehmen sei. Diese Folgerung ist wohl nur bei einer zu missbilligenden Auffassung vom Jnstitut der Nachlasspflegschaft (im Sinne der §§ 1960—1962) möglich, nämlich, wenn man mit Hellwig und Goldschmidt[2]) in ihr, entgegen der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Lehre, nicht eine cura personae, sondern eine cura rei erblickt. Da der Nachlasspfleger aber Vertreter des Erben ist,[3]) wenn auch des ideellen Erben, da während des Provisoriums die Person des endgültigen Erben noch unbestimmt ist, so muss darnach notwendigerweise doch ein Erbe, ein Herr des Nachlasses, vorhanden sein.

ll) a) Aber nicht nur vor Klagen der Nachlassgläubiger sollte der vorläufige Erbe geschützt werden, sondern auch naturgemäss vor Zwangsvollstreckung. Freilich lag es nicht in

[1]) a. a. O. S. 36.
[2]) a. a. O. S. 125, 184.
[3]) Nicht des Nachlasses, dem keine Rechtssubjektsfähigkeit zukommt; vgl. statt aller R. G. Z. 50, S. 395 und die dort Zitierten.

der Absicht des Gesetzgebers, den Gläubigern des Nachlasses die Realisierung ihrer Ansprüche unmöglich zu machen; aber gegen die Person des vorläufigen Erben sollten sie keine Vollstreckungshandlungen vornehmen können. Zum Teil wird dies schon unterbunden durch § 1958 BGB.; denn zur Zwangsvollstreckung bedarf der Gläubiger der Vollstreckungsklausel gegen den Schuldner. In dem Antrag auf Erteilung derselben würde aber das gerichtliche Geltendmachen eines gegen den Nachlass gerichteten Anspruchs liegen. Dazu kommen für besondere Fälle noch einige prozessuale Vorschriften. Im einzelnen ist zu unterscheiden:

1) Beim Tode des Schuldners hatte die Vollstreckung bereits begonnen, — der Tatbestand des § 779 Abs. 1 Z. P. O![1]) Dann erfährt das Verfahren — anders als das Erkenntnisverfahren nach § 239 Abs. 5 Z. P. O. — keine Unterbrechung, sondern die Zwangsvollstreckung kann in den Nachlass fortgesetzt werden. Es bedarf dazu keiner neuen Vollstreckungsklausel. Ganz gleichgültig ist es, ob der vorläufige Erbe bereits den Besitz des Nachlasses ergriffen oder ob er sich noch in keiner Weise um ihn bekümmert hatte. Die Zwangsvollstreckung ist in diesem Falle nicht auf diejenigen Nachlassgegenstände beschränkt, die beim Tode des Schuldners bereits unmittelbar von ihr betroffen waren, sondern in den ganzen Nachlass zulässig.[2]) Zu beachten ist dabei § 778 Abs. 1 Z. P. O.; nur der noch äusserlich erkennbar vorhandene Nachlass, nicht das Eigenvermögen des vorläufigen Erben unterliegt der Fortsetzung der bereits begonnenen Vollstreckung.

[1]) Die Zwangsvollstreckung muss bereits tatsächlich begonnen haben; Urteilszustellung oder sonstige Vorbereitung genügt nicht.

[2]) **Falkmann**, a. a. O. S. 195, a.

Uebergriffen kann der vorläufige Erbe mit der Erinnerung aus § 766 Z. P. O. entgegentreten; es handelt sich um eine Rüge, die die Art und Weise der Zwangsvollstreckung betrifft, da eine Vollstreckungsmassregel erfolgte, die nicht erfolgen durfte. Zwar ist der vorläufige Erbe hinsichtlich der Uebergriffe in sein Eigenvermögen nicht Vollstreckungsschuldner, sondern Dritter; aber auch jeder Dritte, dessen Jnteresse durch die Vollstreckung beeinträchtigt wird, ist zur Rüge berechtigt.[1]) Wahlweise steht ihm als Dritten aber auch die Zwangsvollstreckungsgegenklage zu.[2]) Ausser dem vorläufigen Erben können auch seine Gläubiger nach § 766 Z. P. O. rügen, da sie — ebenfalls „Dritte" — in ihrem Jnteresse durch die Art und Weise der Zwangsvollstreckung betroffen werden.

Soweit bei einer Zwangsvollstreckung in den Nachlass der Schuldner zugezogen werden müsste, erfolgt nach § 779 Abs. 2 Z. P. O. — um den vorläufigen Erben unbehelligt zu lassen — auf Antrag des Gläubigers durch das Vollstreckungsgericht die Bestellung eines besonderen einstweiligen Vertreters, vorausgesetzt, dass der Nachlass nicht bereits eine genügende Vertretung hat (Nachlasspfleger oder Testamentsvollstrecker). Diese Zuziehung des Schuldners ist nötig in den Fällen der §§ 808 Abs. III, 826 Abs. III, 829 Abs. II Satz 2, 835 Abs. III, 843, 844 Abs. II, 875 Abs. II, 883 Z. P. O. und §§ 22 Abs. I, 32, 41, 59, 88, 99 Abs. I, 105 Abs. II, 144 Abs. I Satz 2, 146 Abs. II, 153 Abs. I, Z. V. G. Der Vertreter hat in diesen Fällen die Rechte des Schuldners wahrzunehmen. War der Gläubiger noch zu Lebzeiten des Erblassers ermächtigt worden, auf dessen Kosten eine vertretbare

[1]) Seuffert, a. a. O. § 766 Anm. 2d.
[2]) Gaupp-Stein-Jonas, a. a. O. § 778 Anm. II.

Handlung vornehmen zu lassen, kann die Zwangsvollstreckung in den Nachlass nach § 779 Abs. 1 Z. P. O. ebenfalls fortgesetzt werden; bei unvertretbaren Handlungen, § 888 Z. P. O. ist das natürlich nicht möglich.

2) Die Zwangsvollstreckung hat beim Tode des Schuldners noch nicht begonnen, ein vollstreckbarer Titel gegen den Erblasser liegt aber vor. Dann wird der vorläufige Erbe vor der Vollstreckung geschützt durch die Bestimmung des § 1958 BGB. Es bedürfte zur Zwangsvollstreckung nach § 749, § 727 ff. Z. P. O. der Umschreibung des Titels auf den vorläufigen Erben. Das wäre eine gerichtliche Geltendmachung von Rechten gegen den Nachlass, deren Verfolgung vor Beendigung des Provisoriums unzulässig ist. Den Jnteressen des Gläubigers dient in diesem Falle, wie auch sonst schlechthin bei Erhebung von Ansprüchen gegen den Nachlass, die im Bedürfnisfall auf Antrag erfolgende Bestellung eines Nachlasspflegers, gegen den dann die Klausel zu erteilen ist. Da der Pfleger wegen §§ 1915, 1833 dem endgültigen Erben für jedes Verschulden haftet, wird er mit Rücksicht auf § 2014 ff. BGB. gut tun, die Berichtigung der Nachlassverbindlichkeiten innerhalb der dort bezeichneten Frist zu verweigern. Er wird hierbei geschützt durch die §§ 782, 785, 767 Z. P. O. und erreicht durch seine Widerspruchsklage die Beschränkung der Vollstreckung für die Dauer der Fristen in §§ 2014, 2015 auf solche Massregeln, die zur Vollziehung eines Arrestes zulässig sind. Wird die Klausel gegen den vorläufigen Erben statt gegen den Nachlasspfleger erteilt, kann jener hiergegen nach § 732 oder § 768 Z. P. O. Widerspruch erheben.

b) Wie der vorläufige Erbe geschützt ist vor Uebergriffen der Nachlassgläubiger in sein Eigenvermögen, § 778

Abs. 1 Z. P. O., besteht auch umgekehrt eine mit Rücksicht auf den Grundsatz des unmittelbaren Vermögensübergangs getroffene Schutzbestimmung zugunsten des Nachlasses: § 778 Abs. II verbietet die Vollstreckung in den Nachlass wegen Eigenverbindlichkeiten des vorläufigen Erben. Gleichzeitig bleibt so der Nachlass für den Fall der Ausschlagung für die Befriedigung der Nachlassgläubiger erhalten. Wenn dennoch ein persönlicher Gläubiger des vorläufigen Erben in den Nachlass vollstreckt, so ist der Erbe wahlweise zur Erinnerung nach § 766 Z. P. O. und Widerspruchsklage nach § 771 Z. P. O. berechtigt. Doch bildet dieses Recht des vorläufigen Erben für den Nachlass keinen wirksamen Schutz. Denn dem Erben wird in der Regel das Jnteresse zur Erinnerung bzw. Klage fehlen. Wenn er nämlich voraussichtlich zur Annahme der Erbschaft sich entschliessen wird, kann es ihm offenbar gleichgültig sein, aus welchem Vermögenskomplex die Befriedigung seines Gläubigers erfolgte. Gedenkt er aber, die Erbschaft demnächst auszuschlagen, hat er auch kaum Jnteresse, die Unzulässigkeit der Vollstreckung zu rügen, denn er wird durch diese von einer Verbindlichkeit befreit, wenn er dafür den Nachlassgläubigern auch kondiktionspflichtig wird, evtl. auch dem endgültigen Erben aus auftragsloser Geschäftsführung ersatzpflichtig nach § 1959 Abs. 1 BGB. Es findet somit höchstens ein Wechsel in der Person des Gläubigers statt, was dem Schuldner dann, wenn der Gläubiger bereits mit Vollstreckung droht, kaum unangenehm sein wird. Jmmerhin gewinnt der Schuldner aber Zeit; die Gefahr der Erhöhung seiner Verbindlichkeit wegen seiner evtl. Schadensersatzpflicht dem nachberufenen Erben gegenüber ist sehr gering.

Binder hingegen beachtet nur einseitig das Jnteresse des vorläufigen Erben, den Nachlass unversehrt aus der Hand zu geben, ohne sich die Vorteile, die der vorläufige Erbe doch zunächst aus dieser Vollstreckung in den Nachlass zieht, zu vergegenwärtigen, welche nach obigen Darlegungen zur Verneinung jedenfalls eines erheblichen Jnteresses führen müssen.[1]) Und da er gleichzeitig annimmt, dass die Beschränkung der Vollstreckung auf den Nachlass aus dem Titel selbst hervorgehen müsse, gelangt er auch zu einem von der herrschenden Meinung abweichenden Ergebnis: er gibt dem vorläufigen Erben kein Rügerecht, sondern Widerspruchsklage nach § 767 Z. P. O. Bezüglich dieser Ansicht Binders muss hingewiesen werden auf § 811 Z. P. O., woraus sie sich als nicht stichhaltig erweist. Obwohl die Beschränkung der Pfändung durch § 811 im Titel auch nicht erwähnt werden muss, sind Einwendungen wegen Verstössen gegen diese Vorschrift unbestrittenerweie immer nach § 766 Z. P. O. möglich.

Von praktischem Wert dürfte daher nur sein, dass auch die Nachlassgläubiger in diesem Falle, wo ein persönlicher Gläubiger des vorläufigen Erben in den Nachlass vollstreckt, zur Rüge nach § 766 Z. P. O. berechtigt sind als durch die

[1]) a. a. O. I S. 165; er beachtet auch nicht den Bereicherungsanspruch der Nachlassgläubiger gegen den vorläufigen Erben bzw. gegen den Vollstreckungsgläubiger, sondern stellt allein auf § 1959 Abs. 1 BGB. ab: „die Zwangsvollstreckung steht einer Verfügung gleich . . . . ., für welche der Erbe dem nach ihm Berufenen nach § 1959 Abs. 1 haftet." Bühring, a. a. O. S. 22, hat sogar behauptet, darin läge eine Verfügung über einen Nachlassgegenstand, was wegen des Mangels des rechtsgeschäftlichen Charakters der Vollstreckungshandlung abzulehnen ist.

Unzulässigkeit der Vollstreckung betroffene Dritte. Die Exekutionsinterventionsklage können sie hingegen nicht erheben, da ihnen kein Recht am Gegenstande der Zwangsvollstreckung zusteht.

Binder erkennt ihnen dagegen gar keine Möglichkeit des Eingreifens zu,[1]) teils aus den Erwägungen heraus, aus denen er dem vorläufigen Erben das Recht zur Erinnerung abspricht, teils, weil die Legitimation zu solchen Einwendungen doch wohl nicht durch ein rein tatsächliches Jnteresse begründet werden könnte. Dagegen sei hingewiesen auf Gaupp—Stein—Jonas,[2]) wonach dritte Personen ein berechtigtes Jnteresse haben, wenn sie durch die Zwangsvollstreckung beeinträchtigt werden. Diese Beeinträchtigung wird doch wohl auf tatsächlichem Gebiete liegen dürfen?

§ 6. Der Einfluss der Bestellung eines Nachlasspflegers auf die Rechtsstellung des vorläufigen Erben.

Nach Siber[3]) steht dem vorläufigen Erben neben einem zur Verwaltung des Nachlasses berechtigten Nachlasspfleger überhaupt kein Verwaltungsrecht, also auch kein Verfügungsrecht, zu. Jhm folgen Hörle[4]) und einige andere. Mit der Anordnung der Nachlasspflegschaft durch das Nachlassgericht würde der vorläufige Erbe dann völlig von der Verwaltung des Nachlasses ausgeschlossen und stünde das Recht hierzu allein dem Pfleger zu. Auch der § 1959 BGB., in dessen

---

[1]) a. a. O. I, S. 170.
[2]) a. a. O. § 766 Z. P. O. Anm. II 3.
[3]) a. a. O. S. 126.
[4]) a. a. O. S. 717.

zweiten und dritten Absatz dem vorläufigen Erben ausdrücklich gewisse Verwaltungsbefugnisse eingeräumt werden, könne, obwohl das Gesetz diese nicht ausdrücklich einschränkt, für den Fall der Bestellung eines Pflegers dem nicht entgegenstehen, da das dem Zweck der Nachlasspflegschaft zuwider sein müsste.

Der herrschenden Meinung ist die Beseitigung der Verwaltungs- und Verfügungsmacht des vorläufigen Erben durch die Bestellung eines zur Verwaltung berechtigten Nachlasspflegers indessen fremd. Dem dürfte beizupflichten sein, eben weil eine Bestimmung im Gesetze über die Endigung der Verfügungsmacht infolge der Bestellung eines Pflegers nicht enthalten ist. Auch mit dem Zweck der Nachlasspflegschaft ist das Weiterbestehen der Verfügungsmacht des vorläufigen Erben durchaus vereinbar: die Anordnung der Nachlasspflegschaft erfolgt, damit die zur Erhaltung und Sicherung des Nachlasses erforderlichen Massnahmen, also auch Verfügungen, nicht unterbleiben. Ob nun der vorläufige Erbe diese vornimmt oder der Nachlasspfleger, ist gleichgültig.

Die einseitigen Rechtsgeschäfte des § 1959 Abs. III BGB. jedoch können nach Bestellung eines Nachlasspflegers nur diesem, nicht mehr dem vorläufigen Erben gegenüber, wirksam vorgenommen werden. Denn sobald ein Pfleger bestellt ist, fehlt es an der Hauptvoraussetzung des § 1959 Abs. III; das Rechtsgeschäft „muss" nicht mehr dem vorläufigen Erben gegenüber vorgenommen werden.

Auch die Prozessführungsbefugnis des vorläufigen Erben dürfte durch die Bestellung eines Pflegers endigen, da ein Rechtsschutzinteresse in diesem Falle für einen vorläufigen Erben wohl niemals vorliegen wird.

2. Abschnitt.

Die Wirkung der Ausschlagung.

§ 7. Im allgemeinen.

Erklärt der vorläufige Erbe in der Form des § 1945 BGB., dass er die Erbschaft ausschlage (oder, was dem in der Wirkung gleich steht, ficht er seine Erbschaftsannahme an), so erfolgt eine zweite Gesamtnachfolge, ein zweiter Anfall der Erbschaft. Der Nächstberufene tritt in die Stellung des Erben ein. Auch er ist zunächst nur vorläufiger Erbe. Der erste Anfall gilt als nicht erfolgt. Der an erster Stelle Berufene, der ausgeschlagen hat, soll kraft der Fiktion des § 1953 mit ihrer Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Erbfalles nichts behalten von seiner Erbenstellung. Keine Rechte, keine Pflichten. Der nach §§ 857, 1922 erworbene Besitz und der aus ihm entsprungene Besitzschutz endigen; ja, fiktiv hat der vorläufige Erbe ihn nie gehabt.[1]) Der tatsächliche Besitz am Nachlass bleibt dem vorläufigen Erben. Dieses tatsächliche Verhältnis kann nur endigen nach § 856, indem der Erstberufene die tatsächliche Gewalt aufgibt oder in anderer Weise verliert. Gleichwohl ist wegen § 857 und § 1953 anzunehmen, dass der nunmehr Berufene den Besitz — als Rechtsstellung des Erblassers gemäss § 857 BGB. — im Zeitpunkte des Erbfalles erlangt hatte, dass aber dieses Besitzverhältnis — in analoger Anwendung des § 856 BGB. — nur bestanden hat bis zu dem Zeitpunkte, da der vor ihm Berufene den Nachlass tatsächlich in Besitz genommen hatte. So heute die herrschende Lehre.[2])

---

[1]) a. A. nur Binder, a. a. O. I S. 60.

[2]) Vgl. Strohal, a. a. O. II, S. 70, Goldmann-Lilienthal, a. a. O. S. 14.

Die infolge des Anfalls an den Erstberufenen durch Vereinigung erloschenen Rechte und Verbindlichkeiten des vorläufigen Erben gegenüber dem Erblasser leben wieder auf. Er ist wieder Schuldner jener Forderungen, die der Erblasser gegen ihn hatte, und Gläubiger dessen, was ihm der Erblasser schuldete. Auch die dinglichen Verschmelzungswirkungen der Konsolidation zwischen Eigentum und den dinglichen Rechten an fremder Sache fallen weg. Alle diese Wirkungen werden auf den Zeitpunkt des Erbfalles zurückbezogen. Deshalb läuft die Zinszahlungspflicht für die verzinslichen Forderungen beiderseits weiter.

Zu beachten ist, dass infolge der Rückwirkung der zweite Anfall an denjenigen erfolgt, der damals, im Zeitpunkte des Erbfalles, der Nächstberufene war. Es wird so angesehen, als ob der Ausschlagende zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte, § 1953 Abs. II BGB. Dass der Nächstberufene den Zeitpunkt der Ausschlagung noch erlebt, ist nicht erforderlich. Seine Rechtsstellung vererbt sich mit dem Ausschlagungsrechte auf seine Erben, § 1952 BGB. Dass die tatsächliche Berufung des nächstberufenen Erben in Wahrheit erst nach der Ausschlagung durch den Erstberufenen erfolgt und auch die Ausschlagungsfrist für ihn erst mit der Kenntnis von dieser seiner Berufung beginnt, vermag durch die Fiktion des § 1953 BGB. natürlich nicht geändert zu werden.

Der Zeitpunkt, in welchem alle Wirkungen der Ausschlagung eintreten, ist der Augenblick, in dem die Ausschlagungserklärung ihrem gesetzlichen Empfänger, dem Nachlassgerichte, zugeht, nicht erst der Zeitpunkt, da das Nachlassgericht demjenigen, welchem die Erbschaft infolge der Ausschlagung zugefallen ist, die Mitteilung von der erfolgten Ausschlagung

zugehen lässt; diese Vorschrift des § 1953 Abs. III ist lediglich Ordnungsvorschrift.[1])

Durch die Ausschlagung endigt naturgemäss auch das Recht zur Verwaltung des Nachlasses und zur Prozessführung für den Nachlass. Darüber soll im folgenden Näheres ausgeführt werden.

§ 8. Die Wirkungen der Ausschlagung auf die von dem vorläufigen Erben vor der Ausschlagung vorgenommenen erbschaftlichen Geschäfte (ausser Verfügungen).

1. Auf das Innenverhältnis zwischen dem vorläufigen Erben und dem Nachberufenen.

Hat der vorläufige Erbe seine Erbenstellung durch Ausschlagung beendet, so steht fest, dass er die Geschäfte bezüglich des Nachlasses, die er während der Dauer der Schwebe vorgenommen hat, nicht für sich, sondern für einen anderen, den, „welcher Erbe wird", geführt hat. Da nun der Ausschlagende wegen der rückwirkenden Kraft der Ausschlagung für die Vornahme der erbschaftlichen Geschäfte keine Rechtsgrundlage mehr hat, lag die Bestimmung nahe, die das Gesetz dieserhalb in § 1959 Abs. 1 getroffen hat. Der vorläufige Erbe wird im Verhältnis zu dem, welcher Erbe wird, *wie* ein auftragsloser Geschäftsführer berechtigt und verpflichtet. Diese Rechte und Pflichten eines Geschäftsführers ohne Auftrag entstehen für den vorläufigen Erben aber erst durch die Ausschlagung. Die *Möglichkeit* ihrer demnächstigen Entstehung liegt zwar schon in der Tatsache, dass der vorläufige Erbe jene Geschäfte, die sich auf den Nachlass beziehen, vorgenommen hat, begründet. Da aber der vorläufige Erbe

[1]) Binder, a. a. O. I S. 147.

nach der oben in § 2 dargelegten Auffassung bereits Herr des Nachlasses ist, ist ihre Entstehung bis zur Ausschlagung gehemmt, weil solange ja das notwendige Erfordernis für Forderung und Schuld, zwei verschiedenen Rechtssubjekten zustehende Vermögenskomplexe, fehlt. Der vorläufige Erbe kann doch nicht sein eigener Schuldner und Gläubiger sein! So erzeugt also erst die Ausschlagung diese Rechte und Pflichten,[1]) natürlich nicht schlechthin in allen Fällen, sondern nur in jenen, wo eine nicht pro herede gestio bekundende Führung von erbschaftlichen Geschäften durch den vorläufigen Erben erfolgt ist.

Die Vorschriften der auftragslosen Geschäftsführung gelten nach erfolgter Ausschlagung zwischen dem vorläufigen Erben und dem, welcher Erbe wird, nicht unmittelbar, wie Binder[2]) lehrt, sondern nur entsprechend. Dafür spricht schon der Wortlaut: „Wie[3]) ein Geschäftsführer". Vor allem besteht aber ein wesentlicher Unterschied zwischen den Voraussetzungen des § 677 BGB. und denen des § 1959 Abs. 1: Bei der Geschäftsführung ohne Auftrag im Sinne der ersten Vorschrift ist Voraussetzung, wie Binder selbst sagt, „dass ein Geschäft für einen anderen besorgt wird, ohne dass ein

---

[1]) Diese und noch andere Wirkungen der Ausschlagung klarzustellen, dürfte für eine systematische Behandlung des Themas sehr wesentlich sein. Eine entsprechende Wirkung wie die Ausschlagung hat auch die Anordnung der Nachlassverwaltung und Eröffnung des Nachlasskonkurses hinsichtlich der vor der Annahme durch den Erben besorgten Geschäfte, § 1978 BGB., da auch hierdurch — genau wie durch die Ausschlagung — eine separatio bonorum erfolgt und damit der Boden für die Entstehung von Rechten und Pflichten geebnet wird.

[2]) a. a. O. 1 S. 149.

[3]) Motive V, S. 536, Protokolle V, S. 658.

Recht zur Geschäftsführung gegenüber diesem anderen besteht." Das letztere ist beim vorläufigen Erben anders; er ist zur Vornahme von Nachlassgeschäften berechtigt, wie oben (§ 3) ausgeführt wurde.[1]) Jn den Fällen des § 1959 Abs. lll ist der vorläufige Erbe sogar verpflichtet, erbschaftliche Geschäfte zu besorgen, was bei echter Geschäftsführung ohne Auftrag nie der Fall ist.

Einen Unterschied in der praktischen Anwendung der Bestimmungen der §§ 677 ff. BGB. ergeben beide Auffassungen nicht, da auch Binder zugeben muss, dass einige dieser Vorschriften bei dem Verhältnis zwischen vorläufigem Erben und dem, welcher Erbe wird, nicht zur Anwendung gelangen können. Das gilt vor allem von der Bestimmung des § 685 Abs. ll BGB. Auch für die entsprechende Anwendbarkeit des § 687 BGB. dürften nie die tatsächlichen Voraussetzungen gegeben sein; denn wenn der vorläufige Erbe angenommen hatte, aber über den Berufungsgrund irrte (§ 1949 Abs. l BGB.), finden entgegen § 687 Abs. l doch die Vorschriften der §§ 677 ff. Anwendung. Nur in dem Falle wird eine analoge Anwendung des § 687 Abs. l vorzunehmen sein, wenn der vorläufige Erbe, der nachher ausschlägt, bei Besorgung erbschaftlicher Geschäfte des Glaubens ist, rein persönliche, mit seiner Stellung als Erbe nicht in Zusammenhang stehende Angelegenheiten zu besorgen. Für die Anwendbarkeit des § 687 Abs. ll bleibt dagegen in keinem Falle Raum (gemeine Meinung).

---

[1]) Vgl besonders Strohal, a. a. O. ll S. 49, Anm. 17.

Binder[1]) hält auch eine entsprechende Anwendbarkeit der §§ 678, 679 BGB. für ausgeschlossen, aus dem Grunde wohl, weil der vorläufige Erbe — dieweil die Person des Erben ja noch nicht feststeht, vielleicht ganz unbekannt ist, wer als solcher überhaupt in Frage kommt — nicht wissen kann, ob die Uebernahme der Geschäftsführung mit dem wirklichen oder mutmasslichen Willen des Geschäftsherrn in Widerspruch steht. Diese Ansicht entspringt folgender Ueberlegung: Aus der Wortfassung in § 677 sei zu entnehmen, dass dieses Erfordernis der Rücksicht auf den wirklichen oder mutmasslichen Willen dem Jnteresse des Geschäftsherrn subordiniert ist.[2]) Daraus folge weiter, dass deshalb der Geschäftsführer Rücksicht auf den Willen des Herrn nur dann nehmen muss, wenn er ihn kennt.

Hier ist zu beachten, dass doch erst die Ausschlagung rückwirkend die Beurteilung nach Geschäftsführungsregeln hervorruft. Deshalb war es aber dem vorläufigen Erben immerhin möglich, damit zu rechnen, dass er für einen anderen handle, und er hätte damit auch rechnen müssen. Wenn dessen Person ihm auch unbekannt war, konnte er trotzdem über dessen Willen Vermutungen haben. Binders Ueberlegung führt also durchaus nicht zwingend zu dem obigen Ergebnis.

---

[1]) a. a. O. 1 S. 151.

[2]) Oertmann, auf den er sich beruft, stützt das nur mit einer erheblichen Einschränkung; nämlich nur für den Fall, dass Wille und Jnteresse in unausgleichlichem Gegensatz stehen, und der Geschäftsführer, der in solchen Fällen grundsätzlich der Geschäftsführung sich enthalten müsste, aus dem Gesichtspunkte des negotium coeptum weiterhandeln muss, „dürfte es rechtspolitischen Erwägungen und dem Gesetzestexte entsprechen, dem Jnteresse den Vorzug zu geben". (Oertmann, a. a. O. S. 815).

Der § 678 BGB. erfordert zweierlei: 1) dass die Uebernahme der Geschäftsführung dem wirklichen oder mutmasslichen Willen des Herrn tatsächlich widerspricht, 2) dass der Geschäftsführer dies erkennen musste. Die erste Voraussetzung kann bei der Geschäftsbesorgung durch den vorläufigen Erben genau so gut zutreffen wie bei der eigentlichen negotiorum gestio, da auch hierbei es vorkommt, dass die Person des Geschäftsherrn unbekannt ist. Die zweite Voraussetzung kann nach dem oben Gesagten ebenfalls vorliegen, allerdings nur dann, wenn der vorläufige Erbe bei Uebernahme der Geschäftsbesorgung erkennen musste, dass diese, falls er ausschlüge, unbedingt mit dem Willen des wahren Erben in Widerspruch stehen müsse. Dabei ist die Beobachtung des objektiven Jnteresses Masstab. Die Frage nach der Anwendbarkeit des § 678 BGB. dürfte in praxi selten auftauchen, da die Sache in derartigen Fällen meist so liegen wird, dass nicht die Uebernahme der Geschäftsführung an sich, sondern die Art der Geschäftsführung mit dem wirklichen oder mutmasslichen Willen in Widerspruch steht. Dann greift nicht § 678, sondern § 677 BGB. Platz. Die theoretische Möglichkeit aber, auch § 678 entsprechend anzuwenden, wird mit Strohal[1]) jedenfalls zu bejahen sein.

Bei den übrigen Vorschriften der negotiorum gestio tauchen Zweifel an ihrer entsprechenden Anwendbarkeit wohl nicht auf.

Das Mass der Haftung des vorläufigen Erben für die Geschäftsführung bestimmt § 276 BGB.; handelte es sich um eine Geschäftsbesorgung, die die Abwendung einer dem Ge-

---

[1]) a. a. O. II, S. 51.

schäftsherrn drohenden dringenden Gefahr bezweckte, so beschränkt sich das Mass seiner Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, § 680 BGB. Bei Geschäftsunfähigkeit oder beschränkter Geschäftsfähigkeit des vorläufigen Erben greift § 682 BGB. Platz, wonach die Haftung für sein Handeln auf die Haftung nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung und unerlaubten Handlung verringert wird.

Die Verantwortlichkeit des vorläufigen Erben entsteht durch die Ausschlagung gegenüber demjenigen, „welcher Erbe wird." Diese Ausdrucksweise kann einmal den Nächstberufenen bezeichnen, der infolge der Ausschlagung die vorläufige Erbenstellung erlangt. Diese Ansicht vertritt Herzfelder[1]). Wenn der Zweitberufene die Verpflichtungen aus § 1959 Abs. 1 BGB. dem Erstberufenen gegenüber erfüllt und nun nachträglich doch noch ausschlägt, so stehen ihm nach dieser Auffassung hinwiederum die Ansprüche aus § 1959 Abs. 1 BGB. gegen den an dritter Stelle Berufenen zu aus eben jener Erfüllung des Anspruchs des erstberufenen Erben, u. s. f. Dadurch wird die Möglichkeit einer Anwendung des § 1959 Abs. II BGB. mehrmals hintereinander in einem Erbfalle anerkannt. Gegen diese Ansicht wendet sich die herrschende Meinung, vor allem Planck[2]) mit der Begründung, dass im Gesetz als „derjenige, welcher Erbe wird", der endgültige Erbe bezeichnet werde.

Trifft dies zu, dann ergibt sich einerseits die Unmöglichkeit des an zweiter oder späterer Stelle berufenen Erben, gegen den nach ihm Berufenen aus den von ihm besorgten erb-

---

[1]) a. a. O. § 1959 Bem. 2, letzter Absatz.
[2]) a. a. O. § 1959 Bem. 1; Leonhard, § 1959 a. a. O. Bem II.

schaftlichen Geschäften die Rechte eines Geschäftsführers geltend zu machen vor Beendigung des Provisoriums. Würde dies schon in gewissen Fällen zu Härten führen, so scheint die Kehrseite hiervon, dass auch die aus schlechter Geschäftsführung eines vorläufigen Erben entstandenen Ersatzansprüche erst vom endgültigen Erben geltend gemacht werden können, doch ein ausschlaggebendes Moment gegen Planck zu sein. Man denke nur an den Fall drohenden Konkurses des betreffenden Vorberufenen! Die „heillose Verwirrung", die Richter[1]) von der mehrfachen Anwendung des § 1959 Abs. 1 BGB. in einem Erbfalle befürchtet, dürfte nicht so schlimm sein; jedenfalls wäre sie doch das kleinere Uebel.

Die Motive V Seite 537 sprechen auch wohl eher für die Ansicht Herzfelders. Die weitere Begründung Plancks, dass die Richtigkeit seiner Ansicht durch § 1960 Abs. II bestätigt wird, ist allerdings nicht ganz von der Hand zu weisen. Unbestritten bezeichnen die Worte „welcher Erbe wird" in § 1960 Abs. II BGB. den endgültigen Erben. Trotzdem wird man besser eine ungenaue Terminologie des Gesetzes annehmen dürfen, als die Möglichkeit der mehrfachen Anwendbarkeit des § 1959 Abs. 1 BGB. zu verneinen, zumal der Ausdruck „welcher Erbe wird" kein terminus technicus ist.

Die Pflichten aus der Geschäftsbesorgung, die zuerst den Nächstberufenen, zuletzt den endgültigen Erben treffen, sind Verbindlichkeiten des Erben als solchen im Sinne des § 1967 Abs. II BGB.; im Nachllasskonkurse sind es Masseschulden, § 224 Ziff. 6 K. O. Die Rechte aus der Geschäftsführung, die für den endgültigen Erben an letzter Stelle entstehen, gehören zu den Nachlassaktiven, im Konkurse zur Masse.

[1]) a. a. O. S. 23.

II. Auf das Verhältnis des vorläufigen Erben zu den Vertragsgegnern.

Ohne jeden Einfluss ist die Ausschlagung auf die Wirksamkeit eines vom vorläufigen Erben mit einem Dritten abgeschlossenen obligatorischen Vertrags. Es erfolgt keine Aenderung in der Person der Vertragsparteien; der nachberufene Erbe tritt keinesfalls an die Stelle des Ausschlagenden. Die Rechtsbeziehungen bleiben vielmehr zwischen diesem und dem Dritten bestehen. Eine Genehmigung durch den Nachberufenen bzw. endgültigen Erben, den Vertrag als auf seinen Namen geschlossen zu behandeln, ist nicht möglich, wenn der vorläufige Erbe in eigenem Namen mit dem Dritten kontrahiert hat; anders freilich, wenn der vorläufige Erbe den Vertrag im Namen des endgültigen Erben abgeschlossen hat; dann kommen die §§ 177, 179 BGB. zur Anwendung; der definitive Erbe kann den Vertrag mit Wirkung für sich genehmigen. Wohl ist es möglich, dass der nachberufene Erbe die Ansprüche, die dem Ausschlagenden aus dem Vertrage dem Dritten gegenüber entstanden sind, sich abtreten lässt, nach den Regeln über die auftragslose Geschäftsführung, §§ 681, 667. Ebenso kann der Ausschlagende dann auch Befreiung von seinen Verbindlichkeiten von dem Nachberufenen fordern, §§ 683, 670, 257 BGB.

§ 9. Die Wirkung der Ausschlagung auf die Prozessführung des vorläufigen Erben.

1) Erfolgt die Ausschlagung der Erbschaft während eines Prozesses, den der vorläufige Erbe als Kläger führt — für Passivprozesse erübrigt sich eine Erörterung wegen § 1958 BGB. —, so bewirkt sie für ihn den Verlust der legiti-

matio ad causam. Die Folge davon ist, dass nunmehr Klageabweisung zu erfolgen hat.

Der Nachberufene muss dann grundsätzlich, will er den vom Ausschlagenden verfolgten Anspruch seinerseits geltend machen, von neuem gegen den beklagten Dritten Klage erheben. Jst zu diesem Zeitpunkte eine Klageabweisung noch nicht erfolgt, so kann ihm die Einrede der Rechtshängigkeit der Streitsache nicht entgegengehalten werden, da ihre Wirkungen ihn als Dritten nicht treffen.

Der Nachberufene kann dann aber auch nach §§ 64, 65 Z. P. O. als Hauptintervenient gegen die streitenden Parteien auftreten.

Eine dritte Möglichkeit der Rechtsverfolgung durch den Nachberufenen, auf den infolge der Ausschlagung die Aktivlegitimation übergegangen ist, sieht Reichel darin, dass der Nachberufene den Rechtsstreit in seiner dermaligen Lage übernimmt. Das ist nicht unbedenklich; die Analogie des § 265 Z. P. O., zu der Reichel[1]) hier greift, stösst auf die Schwierigkeit, dass der Nachberufene überhaupt nicht als Rechtsnachfolger des Vorberufenen angesehen werden kann. Er ist Rechtsnachfolger des Erblassers u. zwar Gesamtrechtsnachfolger; ihn einem Erwerber unter Lebenden als Nachfolger des Vorberufenen auch nur ähnlich zu behandeln, scheint mit den Grundsätzen der analogen Gesetzesanwendung nicht vereinbar. Eine etwaige Zustimmung der Partei vermag deshalb die Uebernahme des Rechtsstreits durch den Nachberufenen aucht nicht zu ermöglichen.

Es gibt aber auch Fälle, in denen trotz der Ausschlagung die Aktivlegitimation dem Vorberufenen verbleibt. Hierher ge-

[1]) a. a. O. S. 132.

hört zunächst der Fall, dass der Nachberufene, was ihr freidem Ausschlagenden den klagbefangenen Anspruch abtritt. Der Ausschlagende führt dann als Beauftragter des Nachberufenen aus abgetretenem Rechte den Prozess fort. Darin liegt zwar in jedem Falle eine Klagänderung,[1]) da hierdurch doch ein Wechsel in der Person des Klägers erfolgt. Allerdings ist diese nach § 264 Z. P. O. zulässig, da sie in jedem Falle sachdienlich ist, weil doch sonst ein neuer Rechtsstreit nötig wäre. Jn der Berufungsinstanz ist allerdings dann wegen § 527 Z. P. O. in jedem Falle die Einwilligung des Beklagten erforderlich.

Auch in folgendem Falle bleibt die Aktivlegitimation des Ausschlagenden bestehen. Es ist mit Reichel wohl für zulässig zu erachten, dass der Nachberufene der Fortsetzung des Prozesses durch den Vorberufenen zustimmen kann, und zwar in entsprechender Anwendung des § 89 Z. P. O. Ein wenn auch schwacher Hinweis hierauf ist schon im § 1959 Abs. I BGB. enthalten. Die Rechtslage des Falles des § 89 Z. P. O. ist allerdings von der bei der Prozessführung durch den vorläufigen Erben insofern verschieden, als im ersten Falle der Kläger stets in fremden Namen auftritt,[2]) während der vorläufige Erbe im eigenen Namen klagt, wenn zwar evtl. auf Leistung an den wahren Erben. Abs. II des § 89 Z. P. O. erklärt die Prozessführung dem Geschäftsherrn gegenüber dann für wirksam, wenn er sie genehmigt hat. Jst der vorläufige Erbe im Aktivprozesse zwar nicht Vertreter des wahren Erben bezw. des Nachberufenen, sondern tritt er im eigenen Namen

[1]) Anders Volmer, a. a. O. S. 42; auch Reichel, a. a. O. S. 133 zweifelnd.

[2]) Vgl. Gaupp-Stein-Jonas, a. a. O. § 89 Bem. I.

auf, so wird er aber doch infolge der Ausschlagung dem Nachberufenen gegenüber als negotiorum gestor behandelt. Warum soll das nicht zur entsprechenden Anwendung des § 89 Abs. II Z. P.O. führen trotz des erwähnten Unterschiedes? Denn dieser liegt lediglich darin begründet, dass der vorläufige Erbe ein Recht zur Prozessführung hat; und dieses wird erst durch die Ausschlagung rückwirkend beseitigt. Es ist aber durch § 1953 BGB. eben nur eine fiktive Vernichtung dieses Rechtes möglich; deshalb dürfte der Umstand, dass der vorläufige Erbe in eigenem Namen geklagt hat, infolge dieser Wirkung der Ausschlagung seiner juristischen Behandlung nach dem Falle des § 89 Z. P. O. wohl gleichzustellen sein. Das ergehende Urteil hat dann Rechtskraft für und wider den Nachberufenen,[1]) wenn der Wortlaut des § 89 Abs. II auch nur von einer Wirkung gegen den Zustimmenden spricht.

II) Wenn der vorläufige Erbe ausschlägt, nachdem ein rechtskräftiges Urteil zwischen ihm und dem Dritten ergangen ist, dann wird das Urteil von der Ausschlagung nicht berührt. Es bleibt wirksam zwischen den Parteien. Partei war aber der Ausschlagende, nicht der Nachberufene. Die Ausschlagung wirkt zwar zurück auf den Erbfall, vermag aber nichts an der ehemaligen Eigenschaft des vorläufigen Erben als Prozesspartei zu ändern. Die Rechtskraft auf den Nachberufenen zu erstrecken, bedeutete eine Ausnahme von dem zivilprozessualen Grundsatze von der Rechtskraftwirkung des Urteils inter partes und hätte als solche gesetzlicher Erwähnung bedurft. Jn den §§ 325, 326 Z. P. O., die die Ausnahmen von der Wirkung

---

[1]) Hellwig, Lehrbuch I S. 351; Reichel, a. a. O. S. 134.

der Rechtskraft erschöpfend regeln, ist aber der vorliegende Fall nicht unterzubringen. Es muss also eine Wirkung der Ausschlagung im Sinne der Erstreckung der Rechtskraft des Urteils auf den Nachberufenen abgelehnt werden.

Obwohl man diesen Satz allgemein anerkennt, glaubt Reichel,[1]) in zwei Fällen müsse man doch infolge der Ausschlagung den Nachberufenen an der Rechtskraft des Urteils teilnehmen lassen: bei dringlicher Prozessführung nach § 1959 Abs. II BGB. und bei Genehmigung der Prozessführung des Ausschlagenden durch den Nachberufenen. Im ersten Falle ist zu widersprechen; denn die Rechtskraftwirkung ist eine rein zivilprozessuale Frage, für welche Vorschriften ausserhalb der Z. P. O. unbeachtlich sind. Im zweiten Falle ist zwar zuzustimmen, aber eine Ausnahme vom Grundsatze bedeutet das nicht, wie Reichel meint, da bei Genehmigung nach § 89 Abs. II Z. P. O., obwohl in diesem Falle eigenartiger Weise der Ausschlagende aktiv legitimiert war, das Urteil nur zwischen dem Nachberufenen und dem beklagten Dritten wirkt.

§ 10. Die Wirkung der Ausschlagung auf die Verfügungen des vorläufigen Erben über Nachlassgegenstände.

Die Ausschlagung mit ihrer Rückbeziehung nach § 1953 Abs. I BGB. bewirkt, dass die vom vorläufigen Erben vorgenommenen Verfügungen über Nachlassgegenstände — natürlich nur solche, die keine pro herede gestio enthalten, weil sonst das Provisorium ja beendet wäre -- nachträglich als Verfügungen eines Nichtberechtigten anzusehen sind. Dem endgültigen Erben gegenüber wären sie also unwirksam. Das

1) a. a. O. S. 130, 140.

schien den Gesetzgeber mit Rücksicht auf die Tatsache, dass der Ausschlagende doch wirklich Erbe gewesen war, was durch die Fiktion des § 1953 nicht verdeckt werden kann, immerhin als zu weitgehend.[1]) Es war auch eine gewisse Rücksichtnahme auf Dritte, die mit dem vorläufigen Erben in Rechtsbeziehungen getreten waren, vonnöten. Soweit das mit dem Grundsatz von der Unmittelbarkeit des Vermögensübergangs zu vereinbaren war, ist diese Rücksichtnahme denn auch erfolgt.

§ 1959 Abs. II BGB. lässt solche Verfügungen des vorläufigen Erben über Nachlassgegenstände durch die Ausschlagung unberührt, die nicht ohne Nachteil für den Nachlass verschoben werden konnten. Darnach ist also Voraussetzung für das Wirksambleiben einer Verfügung des vorläufigen Erben, dass eine gewisse Notlage des Nachlasses vorlag, die die getroffene Verfügung verlangte. Eine Notlage ist es z. B., wenn für eine Nachlasssache die Gefahr des Untergangs oder des Verderbs bestand, wenn der Schuldner einer Nachlassforderung flüchtig gehen will und die Einziehung der Forderung — eine Verfügung über einen Nachlassgegenstand — nicht mehr würde erfolgen können, oder wenn die Nichtannahme einer angebotenen Leistung die Folgen des Annahmeverzugs herbeiführen würde. In allen solchen Fällen ist die Ausschlagung auf die getroffenen Verfügungen des vorläufigen Erben ohne Einfluss; obwohl wegen der Fiktion des § 1953 Verfügungen eines Nichtberechtigten, waren

---

[1]) Man wollte eine Mitte finden zwischen der krassen Durchführung der Fiktion des § 1953 und dem entgegengesetzten Standpunkt des 1. Entwurfs, dass der vorläufige Erbe unbeschränkt rechtswirksame Verfügungen über den Nachlass treffen könnte (Entw I § 2056 Abs. II).

und bleiben sie voll wirksam, mochte der Dritte wissen oder nicht, dass der Verfügende noch nicht endgültiger Erbe war. Diese Ausnahme von der Wirkung der Ausschlagung nach § 1953 Abs. 1 BGB. trifft aber nur auf „Verfügungen" zu, d. s. solche Rechtsgeschäfte, die unmittelbar auf die Uebertragung, Aufhebung, Aenderung oder Belastung eines Rechts abzielen. Die zugrunde liegenden obligatorischen Rechtsbeziehungen werden von der Ausnahme des § 1959 Abs. II BGB. in keiner Weise erfasst. Wie oben gezeigt (§ 8), werden sie durch die Ausschlagung garnicht berührt und bleiben zwischen den Vertragsparteien wirksam. Weitere Voraussetzung für die Wirksamkeit einer nach § 1959 Abs. II zu beurteilenden Verfügung ist selbstredend, dass die betreffende Verfügung an sich wirksam ist; die Verfügung darf also z. B. nicht gegen ein gesetzliches oder gerichtliches Veräusserungsverbot verstossen (§§ 134, 135 BGB., § 935 ff. Z. P. O.).

Seiner rechtlichen Natur nach bedeutet der § 1959 Abs. II eine Modifikation des § 1953 Abs. 1 für den Fall der Ausschlagung. Schlägt der vorläufige Erbe nicht aus, so ergibt sich daraus entgegengesetzt, dass der Erbe unbeschränkt verfügungsfähig war und geblieben ist.

Aber auch Verfügungen des vorläufigen Erben, die dem Bereich des § 1959 Abs. II nicht angehören, sind nicht unbedingt unwirksam, wenn sie sich infolge der Ausschlagung nachträglich als Verfügungen eines Nichtberechtigten darstellen. Hier sind die allgemeinen Bestimmungen des BGB. über die Wirksamkeit von Verfügungen Nichtberechtigter heranzuziehen.

Zunächst hat der definitive Erbe die Möglichkeit, die Verfügung des Ausschlagenden zu genehmigen und sie dadurch wirksam zu machen, § 185 Abs. II BGB. Des weiteren wäre

denkbar, dass ein vorläufiger Erbe, dem nach Annahme der Erbschaft ein Erbschein erteilt wurde, die Annahme nach §§ 1954—1957 BGB. mit Erfolg anficht. Dann sind Dritte, die von ihm Erbschaftsgegenstände erworben haben, nach Massgabe der §§ 2366, 2367 BGB. geschützt und seine Verfügungen insoweit wirksam.

Auch die Vorschriften über den Gutglaubensschutz beim Erwerb beweglicher Sachen vom vorläufigen Erben, der nach der Ausschlagung als solcher vom Nichtberechtigten, vom Nichteigentümer, sich darstellt, sind anwendbar. Der Dritte, der Erwerber des Nachlassgegenstandes, muss in gutem Glauben an das Eigentum des vorläufigen Erben gewesen sein. Der Erwerber ist aber dann nicht in gutem Glauben, wenn er weiss oder wissen musste, dass der betreffende Gegenstand zum Nachlasse gehört und dass der Erbe noch ausschlagungsberechtigt ist. Jn diesem Falle muss er nämlich mit der Möglichkeit der Ausschlagung rechnen und bedenken, dass dadurch rückwirkend der Verfügende das Eigentum an dem Gegenstande des Nachlasses verliert und wegen § 1953 BGB. so angesehen wird, als ob er es nie gehabt hätte. Ganz klar ist die Situation zwar nicht, da doch der vorläufige Erbe zur Zeit der Vornahme der Verfügung tatsächlich Eigentümer war, diese Tatsache seines damaligen Eigentums aber durch eine blosse Fiktion nicht aus der Welt geschafft werden kann. Dennoch aber muss das Bewusstsein der Nachlasszugehörigkeit des Gegenstandes und die Kenntnis des Schwebezustandes genügen, um die Anwendung der Gutglaubensvorschriften zu unterbinden, weil sonst die Bestimmung des § 1953 ja ihren Zweck, den Grundsatz der Unmittelbarkeit und Unversehrtheit des Vermögensübergangs zu wahren, verfehlen würde, anderer-

seits auch die Ausnahmevorschrift des § 1959 Abs. II nahezu gegenstandslos werden würde. Wenn der Dritte weiss oder wissen muss, dass er vom evtl. Nichteigentümer erwirbt, darf man ihn nicht für gutgläubig halten.

Soweit es sich bei den Verfügungen des vorläufigen Erben nicht um Geld oder Jnhaberpapiere gehandelt hat, könnte möglicherweise § 935 BGB. den gutgläubigen Erwerb hindern. Denn durch die Ausschlagung hatte der Nachberufene den Besitz am Nachlasse erlangt im Augenblick des Erbfalles; kann nun in der Verfügung des Ausschlagenden ein Abhandenkommen der Sache gesehen werden?

Dies ist eine umstrittene Frage. Planck[1]) hält die Anwendbarkeit des § 935 BGB. nur dann für ausgeschlossen, wenn die vom Erben vorgenommene Verfügung eine Massnahme der Fürsorge für den Nachlass darstellt. Es liegt in diesem Falle keine verbotene Eigenmacht vor. Jn allen anderen Fällen sei die Sache dem wahren Erben abhanden gekommen; § 935 BGB. schliesse den Eigentumserwerb und damit die Wirksamkeit der Verfügung also aus. Gegen Planck sind vor allem Leonhard,[2]) Herzfelder[3]) und Kipp[4]). Bei Prüfung der Frage sind zwei Fälle zu unterscheiden.

a) Wenn der Ausschlagende vor der Ausschlagung den körperlichen Besitz an den Nachlassgegenständen bereits ergriffen hatte, müsste das Abhandenkommen schon in der tatsächlichen Besitzergreifung durch den vorläufigen Erben

[1]) a. a. O. § 1959 Bem. 4bα
[2]) a. a. O. § 1959 Bem. III C.
[3]) a. a. O. § 1959 Bem. 3.
[4]) a. a. O. § 51, Anm. 8; noch anders als Planck Binder, a. a. O. I S. 60, der zwischen Besitz nach § 857 und körperlichem Besitz nicht unterscheidet.

liegen, nicht erst in der Verfügung. Diese Ergreifung des körperlichen Besitzes aber kann nicht gut als Abhandenkommen gelten, sie ist keine verbotene Eigenmacht; wenn die Jnbesitznahme auch eigenmächtig erfolgte, verboten war sie nicht, da der vorläufige Erbe — durch den Anfall zum Herrn der Erbschaft geworden — ein Recht auf die Besitzergreifung hatte. Diese Tatsache vermag die Fiktion des § 1953 nicht rückwirkend zu zerstören; sonst wäre es um die Durchführung des Anfallprinzips im Gesetze schlecht bestellt. Leonhard weist auf dieses Argument zutreffend hin, indem er es als „mit dem ganzen Jnstitut des Uebergangs der Erbschaft von selbst (§ 1942) in krassem Widerspruch" stehend bezeichnet, „wenn man diesen Erben hinterher als eigenmächtigen Eindringling behandeln wollte".[1])

b) Bleibt also die Richtigkeit der Planck schen Auffassung für die zweite Möglichkeit zu prüfen: Wenn der Ausschlagende noch nicht den körperlichen Besitz an dem Nachlassgegenstand ergriffen hatte, ob dann die Verfügung über denselben die verbotene Eigenmacht enthalte. Es dürfte in diesem Falle die Annahme eines Abhandenkommens ungleich näher liegen als im vorigen. Zwar war auch der Besitz im Sinne der Rechtsposition des Erblassers gemäss § 857 auf den wahren Erben kraft der Fiktion des § 1953 BGB. mit dem Zeitpunkt des Erbfalls übergegangen, aber ohne dass der Ausschlagende, der so angesehen wird, als sei er nie in dieser Besitzrechtsstellung gewesen, jemals den tatsächlichen Besitz ergriffen und damit die Besitzrechtsstellung des wahren Erben — in entsprechender Anwendung des § 856 BGB. — beendet hätte. Aber dann liegt gerade in der Verfügung über den be-

[1]) a. a. O. § 1959 Bem. III C.

treffenden Nachlassgegenstand in Bezug auf diesen eine Beendigung der Besitzrechtslage des wahren Erben. Diese ist gleichwohl keine verbotene Eigenmacht. Der vorläufige Erbe hat das Recht, über Nachlassgegenstände zu verfügen. Er konnte also jederzeit die Besitzrechtsstellung des wahren Erben — die erst durch die Ausschlagung rückwirkend entstand — beenden. Somit wäre im Ergebnis ein Unterschied zum ersten Falle nicht zu ersehen. Ob die betreffende Verfügung erst das Abhandenkommen bedeutet oder bereits die vorher erfolgte körperliche Besitzergreifung des Nachlasses bzw. des betreffenden Nachlassgegenstandes, macht einen wesenhaften Unterschied nicht aus. Beide Fälle sind gleichmässig zu entscheiden, das Vorliegen verbotener Eigenmacht zu verneinen. Die von Planck, Biermann,[1]) Strohal[2]) offenbar aus der Bestimmung des § 1959 Abs. II BGB. in Verbindung mit § 1953 entnommenen Argumente sind zwar keineswegs unbegründet, müssen aber hinter dem Gesichtspunkt des Uebergangs der Erbschaft von selbst und den hieraus sich ergebenden eben erwähnten Folgerungen zurücktreten.

Was die Verfügungen des vorläufigen Erben über Liegenschaften angeht, so ist, in entsprechender Weise wie die Anwendbarkeit des § 932 bei Mobilien, die Anwendbarkeit des § 892 BGB. neben § 1959 Abs. II nicht zu beanstanden.

Soweit nach diesen Ausführungen eine Verfügung des vorläufigen Erben trotz nachheriger Ausschlagung wirksam bleibt, darf man wohl mit Strohal das Surrogationsprinzip Platz greifen lassen. Wenn auch das Gesetz es bei den Verfügungen des vorläufigen Erben nicht ausdrücklich ange-

[1]) a. a. O. § 857 Bem. 6.
[2]) a. a. O. II S. 70

ordnet hat, so ist doch anzunehmen, dass die von einem Nachlasschuldner mit befreiender Wirkung dem endgültigen Erben gegenüber an den vorläufigen Erben geleisteten Sachen zum Nachlass gehören und damit bei der durch die Ausschlagung erfolgenden separatio bonorum dem Nachberufenen anfallen. Der Grundsatz der dinglichen Surrogation gilt aber nur, wenn der vorläufige Erbe gültig verfügt hat und nur, wenn das Surrogat eine körperliche Sache ist, in entsprechender Anwendung des § 2019 BGB. Dieser Grundsatz des § 2019 ist wohl nicht nur auf Verhältnis zwischen Erben und Erbschaftsbesitzer beschränkt, sondern man wird ihm darüber hinaus für alle Verfügungen Wirkung zusprechen müssen, die von einem andern als dem wahren Erben über Nachlassgegenstände wirksam getroffen werden.[1])

§ 11. Die Wirkung der Ausschlagung auf einseitige empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte Dritter, die gegenüber dem Erben als solchen vorzunehmen sind.

Von der generellen Wirkung der Ausschlagung auf die Geschäfte des vorläufigen Erben ergibt sich eine weitere Ausnahme für die einseitigen Rechtsgeschäfte Dritter, die gegenüber dem „Erben als solchen" vorgenommen werden müssen, in § 1959 Abs. III BGB. Diese Rechtsgeschäfte werden durch die Ausschlagung in ihrer Wirksamkeit nicht berührt.

Leonhard[2]) will aus den Worten des Gesetzes „gegenüber dem Erben als solchen" entnehmen, dass hierunter nur

---

[1]) Vgl. Strohal, II S. 56, 57 a. a. O.; Bühring, a. a. O. S. 16, 17; RGB.-Komm. § 159 Anm. 2; a. A. Beyer, a. a. O. S. 194—197.

[2]) a. a. O. § 1959 Bem. III B.; ebenso wohl auch Binder, I S. 155.

solche einseitigen Rechtsgeschäfte zu verstehen sind, die lediglich bei einem Nachlass vorkommen und nur auf den Nachlass sich beziehen, wie z. B. die Ausschlagung eines Vermächtnisses. Eine derart enge Begrenzung der einseitigen Rechtsgeschäfte darf aus den Worten „als solchen" aber wohl nicht hergeleitet werden. Offenbar sollte damit zum Ausdruck gebracht werden, dass diejenigen empfangsbedürftigen einseitigen Rechtsgeschäfte Dritter wirksam bleiben sollten, die dem Erben gegenüber in seiner Stellung als Herr des Nachlasses vorgenommen werden müssen. Darunter fallen dann entgegen Leonhard z. B. auch die Kündigung eines zwischen Erblasser und einem Dritten geschlossenen Vertrags, die Mahnung zum Zwecke der Herbeiführung der Verzugsfolgen, die Anfechtung, die Aufrechnung von Nachlassforderung gegen Nachlassschuld und die Annahme eines noch vom Erblasser gemachten Vertragsantrages. Alle diese Erklärungen müssen, wenn sie vorgenommen werden sollen, an den vorläufigen Erben in seiner Eigenschaft als Nachfolger in die gesamte Rechtspersönlichkeit des Erblassers gerichtet werden. Es ist der Zweck der gesetzlichen Bestimmung, alle diese Erklärungen überhaupt zu ermöglichen. Ohne diese Vorschrift würden die Rechtsgeschäfte während des Laufes der Ausschlagungsfrist ja überhaupt nicht vorgenommen werden können, da das zuständige Empfangsorgan fehlt.[1]) Deshalb ist bestimmt worden, dass, wenn diese Erklärungen dem vorläufigen Erben gegenüber gemacht werden, die nachträgliche Ausschlagung ihrer Wirksamkeit keinen Eintrag tut und die Folgen aus diesen einseitigen Rechtsgeschäften den definitiven Erben treffen,

[1]) Vgl. Motive V S. 538.

so als ob er selbst sie empfangen hätte. Der vorläufige Erbe hat also in dieser Hinsicht die Stellung eines gesetzlichen Vertreters des endgültigen Erben.

Dass die Ansicht Leonhards abzulehnen ist, zeigt auch Kretzschmar[1]) durch den Hinweis auf § 1961 BGB. Darnach kann der Berechtigte nur dann die Bestellung eines Nachlasspflegers beantragen, wenn es sich um die gerichtliche Geltendmachung eines gegen den Nachlass gerichteten Anspruchs handelt; es ist also eine Vorschrift, die — mit Rücksicht auf die Versagung der Passivlegitimation für den vorläufigen Erben in § 1958 BGB. — aufgenommen ist, um den Nachlassgläubigern nicht die Verfolgung während der Ausschlagungsfrist unmöglich zu machen. Da aber in diesem Falle das Gesetz die beiderseitige Jnteressenlage berücksichtigt hat, müsste es befremden, wenn es für die einseitigen empfangsbedürftigen Rechtsgeschäfte das nicht getan hätte. Auch bei diesen lag in gleichem Masse das Bedürfnis vor, die Rechtslage des Gegners zu berücksichtigen und die Ausübung seiner Rechte nicht zu unterbinden. Die Motive V. S. 538 lassen hierüber denn auch keinen Zweifel.

Eine andere Frage ist die, ob durch die Ausschlagung schlechthin jedes gegenüber dem vorläufigen Erben vorgenommene einseitige Rechtsgeschäft unberührt bleibt, oder nur jene, die entsprechend § 1959 Abs. ll BGB. ohne Nachteil für den Nachlass nicht verschoben werden können. Erstere Auffassung teilen Kretzschmar und Herzfelder. Grundsätzlich dürfte die Frage denn auch in ihrem Sinne zu beantworten sein. Eine Ausnahme indessen wird man machen

---

[1]) a. a. O. S. 386 Note 7.

müssen: wenn ein Dritter dem vorläufigen Erben ein Leistungsangebot — sei es Real- oder Verbalangebot — macht, um die Wirkung des Annahmeverzugs herbeizuführen, ist dieses Angebot nach erfolgter Ausschlagung dann wirkungslos, wenn es vorzeitig erfolgt war. Wenn der Dritte zur Leistung noch nicht berechtigt ist, kann der vorläufige Erbe nur dann die Leistung annehmen, wenn zugleich die Voraussetzung des § 1959 Abs. II, eine dringende Gefahr für den Nachlass, vorliegt. Denn in der Annahme der Leistung liegt immerhin eine Verfügung über einen Nachlassgegenstand. Hatte der vorläufige Erbe eine vorzeitige Leistung des Dritten abgelehnt, entstehen für den definitiven Erben nicht die Folgen des Annahmeverzugs. Hat der vorläufige Erbe die Leistung aber angenommen, so bewirkt die spätere Ausschlagung der Erbschaft, wenn ein Nachteil für den Nachlass durch die Verweigerung der Annahme nicht drohte, dass der Dritte dem endgültigen Erben gegenüber noch nicht befreit ist.[1])

§ 12. Die Wirkung der Ausschlagung eines einzelnen von mehreren vorläufigen Miterben.

Eine sehr interessante Frage ergibt sich, wenn von mehreren vorläufigen Miterben einer den seinem Erbteil entsprechenden Teil der Erbschaft ausschlägt, (§ 1952 Abs. III BGB.), der oder die anderen Miterben aber annehmen.

Klar ist die Rechtslage, wenn bei gesetzlicher Erbfolge von den Miterben, es seien zwei Abkömmlinge des Erblassers, der eine die Erbschaft ausschlägt, der andere annimmt, sonstige Verwandte erster Ordnung aber nicht vorhanden sind.

[1]) Bestritten von Kipp a. a. O. § 51, II, 3 und Herzfelder, a. a. O. § 1959, Bem. 3a, die annehmen, dass der Nachlasschuldner durch Leistung an den vorläufigen Erben unter allen Umständen befreit werde. Wie hier die h. M., vgl. Planck, a. a. O. § 1959 Bem. 5.

Nach § 1953 Abs. II fällt dann der Teil des Ausschlagenden dem anderen Miterben an gemäss § 1935 BGB. Denn dieser ist derjenige, der berufen sein würde, wenn der Ausschlagende zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte; nicht ist es etwa ein Verwandter zweiter (oder höherer) Ordnung; dieser ist wegen der zwingenden Regel des § 1930 BGB. von der Erbfolge ausgeschlossen.

Aehnlich ist es bei testamentarischer Erbfolge; es findet gemäss § 2094 Anwachsung statt. Zu beachten ist aber das Recht eines etwaigen Ersatzerben. Hatte der Erblasser einen solchen eingesetzt, dann greift der Grundsatz des § 2099 BGB. Platz. Das Recht des Ersatzerben geht dem Anwachsungsrechte vor.

Eine Komplikation erfährt die Rechtslage aber für beide Arten der Erbfolge im Falle des § 1952 Abs. II. Wenn einer der Miterben vor dem Ablaufe der Ausschlagungsfrist stirbt, dann geht sein Ausschlagungsrecht nach § 1953 auf seine Erben über. Wenn von diesen — wiederum vorläufigen Miterben — nun einer ausschlägt, der andere annimmt, wem fällt dann der Teil der Erbschaft an? Ein konkretes Beispiel: X. ist Erblasser, Y. und Z. sind seine Erben; Z. stirbt vor Ablauf der Ausschlagungsfrist; dessen Erben sind A. und B.; A. und B. nehmen die Erbschaft des Z. an, hinsichtlich des Nachlasses des X. schlägt B. aus, A. nicht. Wem, dem A. oder dem Y., fällt der Teil der Erbschaft des X. an?

Die Frage ist sehr umstritten. Nach Hachenburg[1]) bewirkt dann die Ausschlagung durch B., dass die dem X. angefallene Erbschaft zu seinem Teile nicht in dem Nach-

[1]) a. a. O. S. 656; ebenso Binder, a. a. O. I S. 136 f.; Frommhold, a. a. O. § 1952 Bem. Ib, u. a.

lasse des Z. vorhanden sei; Erbe wäre der Y. Herzfelder[1]) dagegen nimmt an, dass der Teil der Erbschaft (des X.) dem Miterben des Ausschlagenden anfalle, also dem A.

Wenn die Ansicht Hachenburgs an und für sich zwar eine klare Erkennung von der Wirkung der Ausschlagung darstellt, so darf man dennoch nicht übersehen, dass diese Wirkung der Ausschlagung modifiziert wird durch mehrere zwingende erbrechtliche Normen. Zunächst durch den § 1950 BGB. Das erkennt auch Hachenburg. Dann stehen entgegen die schon oben genannten Vorschriften des § 1930 und des § 2094 und vor allem die Stellung der Miterben als Gesamthänder. Man wird daher sagen müssen, dass es nicht unerheblich ist, ob der Berufene selbst ausschlägt oder ob sein Erbe die Ausschlagungserklärung abgibt. Jm ersten Falle gelangt der Teil der Erbschaft nicht in den Nachlass des Ausschlagenden, im zweiten dagegen doch! Das ist zwar ein etwas sonderbares Ergebnis, ist aber durch die erbrechtlichen Grundsätze geboten und entspricht auch dem Bedürfnis des Lebens.

Schluß.

§ 13. Zur rechtlichen Konstruktion des Provisoriums.

Wie der ganze die vorläufige Erbschaft betreffende Fragenkomplex, so ist auch die rechtliche Natur des Schwebezustandes ein in der Wissenschaft sehr umstrittenes Gebiet.

Auf dem alten deutschen Recht fusst die Lehre Endemanns. Er kennt überhaupt keinen vorläufigen Er-

[1]) Staudinger-Herzfelder, a. a. O. § 1952 Bem. 4, ebenso Planck, a. a. O. § 1952 Bem. 4; Strohal, a. a. O. II § 61 d II, Dernburg, a. a. O. § 50 Note 6; Crome, a. a. O. § 667, Note 63; Leonhard, a. a. O. § 1952 Bem. III.

ben, da er aus der Fiktion des § 1953 den Schluss zieht: Anfall schafft noch keinen Erben. Der Anfall schaffe nur ein subjektives Recht für den Anfallbetroffenen, das kraft seines eigenen Willens zum Vollrechte erstarken kann. Es habe also die Natur eines echten erbrechtlichen Wartrechts.[1]) Ganz dürfte dies wohl nicht zutreffen. Das Wartrecht im alten deutschen Rechte wird am besten gekennzeichnet durch die bekannte Stelle des Sachsen-Spiegels I 52 § 1: Ane erven gelof unde ane echt ding ne mut nieman sin egen noch sine lüde geven. Gift he't weder rechte sunder erven gelof, die erve underwinde's sik mit ordelen, als of he dot si jene de't dar gaf, so he's nicht geven ne mochte. Es charakterisiert sich als ein durch fremde Berechtigung noch zurückgehaltenes Eigentum! Das aber ist bei dem Rechte des vorläufigen Erben anders. Selbst wenn man mit Endemann aus § 1953 die genannte Folgerung zöge, welche f r e m d e Berechtigung steht seinem Rechte denn entgegen? Sodann unterschätzt die Endemann sche Konstruktion einen wichtigen Unterschied zwischen dem alten deutschen Rechte und dem BGB.: Dem deutschen Recht war der Gedanke, dass in dem Erben die rechtliche Persönlichkeit des Erblassers weiterlebe, fremd!

Eine andere Lehre erblickt in der vorläufigen Erbschaft einen auflösend bedingten Schwebezustand, wobei die Ausschlagung als die Resolutivbedingung erscheint, durch deren Eintritt die Schwebe beendet wird.[2]) Von einer Bedingung jedoch darf man nicht sprechen, weil der Ausschlagung ding-

---

[1]) E n d e m a n n, a. a. O. S. 767, 4.

[2]) B i n g n e r, Sächs. Archiv V, S. 595; H e r z f e l d e r § 1942 Bem. VII, a. a. O.

liche Rückwirkung innewohnt, was bei einer echten Bedingung nicht der Fall ist. (§ 158 Abs. II BGB.).[1])

Noch bedenklicher ist die Auffassung Plancks,[2]) der der Schwebe der Sache nach gar einen aufschiebenden Charakter beilegt.

Jndessen ist der auflösende Charakter des Provisoriums kaum zu bezweifeln. Wenn auch der Schwebezustand nicht als ein auflösend bedingter im Sinne der §§ 159 ff. bezeichnet werden kann, so hat er immerhin mit einem solchen eine grosse Aehnlichkeit.[3]) Mit dem Erbfall findet schon der Uebergang der Erbschaft statt; durch die dingliche Rückwirkung der Ausschlagung erfolgt dann wieder die separatio bonorum. Es ist eben eine Schwebe, die als ein erbrechtliches Spezifikum bezeichnet werden muss.[4]) Auch die Auffassung des Provisoriums als unter einer condicio iuris, der der Ausschlagung, stehend[5]) steht der Plank schen Ansicht zu nahe und kann der wahren Sachlage nicht völlig gerecht werden.

---

[1]) vergl. Leonhard, a. a. O. Bem. zu § 1942; RGR. Komm. § 1942, Bem. 1.

[2]) a. a. O. Vorbem. zu § 1942 II 3; im § 2 oben wurde schon in anderem Zusammenhange auf seine Lehre eingegangen.

[3]) Vgl. auch Binder, a. a. O. III S. 202 Anm. 14.

[4]) Treffend die Ausführungen Leonhards zu § 1942, a. a. O. Bem. II.

[5]) Strohal, a. a. O. II, S. 66 Anm. 1. Reichel, a. a. O. S. 116.